

Università degli Studi di Genova
Dipartimento di Giurisprudenza
Dottorato di ricerca in Diritto e procedura penale
ciclo XXX



Giurisdizione cautelare ed esercizio dell'azione penale. Possibili raccordi.

gRelatore:
Prof. Franco Della Casa

Tesi dottorale di
Marco Malerba

Anno accademico 2019/2020

*«E, se non si pensa agli errori e agli
eventuali arbitrii, a che serve la
procedura penale?» NOBILI*

INDICE SOMMARIO

Introduzione	5
Capitolo I.....	6
IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI: UNA GIURISDIZIONE DEBOLE	6
1. <i>L’approdo dopo il lungo cammino: la scomparsa del giudice istruttore</i>	6
2. <i>Le rassicuranti perfezioni della disciplina in tema di libertà personale</i>	10
3. <i>Una giurisdizione debole, senza occhi né braccia</i>	14
4. <i>L’approvazione della legge 8 agosto 1995, n. 332: un primo, non risolutivo passo verso l’implementazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari</i>	21
5. <i>Persistenti ritrosie, malintesi e un «pubblico ministero – quasi giudice»</i>	29
6. <i>Un giudice per le indagini preliminari oppresso: il sistema che non c’è</i>	40
Capitolo II	48
EVOLUZIONE E CRISI DI UN’IDEA: DAL PRINCIPIO DI AUTONOMIA A QUELLO DI INTERFERENZA.....	48
Sezione I.....	48
L’ordinario condizionamento del processo di merito sul procedimento <i>de libertate</i>	48
1. <i>L’autonomia del procedimento principale rispetto a quello de libertate ovvero dell’ordinario condizionamento</i>	48
2. <i>Il consolidamento di un dogma: l’assorbimento come punto di equilibrio tra opposte esigenze. L’esempio del giudizio immediato</i>	52
3. <i>(segue) Il principio di assorbimento nella lettura datane da Corte cost. n. 71 del 1996 e Cass., Sez. un. del 2002: il decreto che dispone il giudizio prima e dopo la legge c.d. Carotti</i>	56
4. <i>(segue) I più recenti tracciati della giurisprudenza di legittimità</i>	63
5. <i>Il principio di preclusione: rilievo di metodo, coperture costituzionali e applicazioni concrete</i>	66
6. <i>Della misura cautelare disposta dal giudice del dibattimento e dell’art. 432 c.p.p. ovvero delle crepe nel muro dell’incomunicabilità tra procedimenti</i>	73
7. <i>Il “giusto procedimento cautelare”: verso il superamento del dogma?</i>	82
Sezione II	85
Archiviazione per assenza di gravi indizi cautelari.....	85
1. <i>L’archiviazione. Logica del controllo giurisdizionale sull’inazione</i>	85
2. <i>La regola di giudizio: dall’<i>in dubio pro actione</i> ai più recenti approdi</i>	92
3. <i>La l. 46 del 2006 e l’introduzione, nell’art. 405 c.p.p., del comma 1-bis: infondatezza della notizia di reato e insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza</i>	98
4. <i>Disposizione «in difficoltà di senso»: un interludio abnorme.</i>	106
5. <i>Ortopedia necessaria: una norma (davvero?) tre volte irragionevole, ma con qualche futuro spiraglio</i>	110
Sezione III	118

<i>Fumus commissi delicti</i> e celere instaurazione del processo.....	118
1. <i>Esigenze di semplificazione e di celerità: il giudizio immediato quale canale di (ordinario) esercizio dell'azione penale</i>	118
2. <i>È possibile concepire un nuovo modello di procedimento penale?</i>	123
3. <i>I presupposti del rito immediato c.d. "custodiale": a) esercizio dell'azione penale per il reato alla base del titolo cautelare. Una nuova ipotesi di giudizio immediato?</i>	128
4. <i>(segue) b) Le scansioni temporali e la stabilizzazione del titolo cautelare; la clausola di salvezza che riepande la discrezionalità dell'attore</i>	135
5. <i>L'equivalenza "gravi indizi cautelari = superfluità dell'udienza preliminare". Profili di latente incostituzionalità</i>	141
Capitolo III.....	150
POSSIBILI RACCORDI TRA PROCEDIMENTO <i>DE LIBERTATE</i> E PROCESSO DI MERITO: UNA PROSPETTIVA <i>PRO REO</i>	150
1. <i>Premessa. La gravità indiziaria</i>	150
2. <i>Una prima opzione. Dei pregi e dei difetti</i>	157
3. <i>Una seconda opzione: la rivalutazione dell'art. 3, co. 2 d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106</i>	161
4. <i>Un'ultima alternativa: disincentivare l'opzione cautelare a "costo zero"</i>	165
5. <i>Il convitato di pietra: il principio di completezza delle indagini preliminari</i>	173
6. <i>Profili problematici e possibili soluzioni</i>	180
BIBLIOGRAFIA	186

Introduzione

Il presente studio muove da una premessa: l'impiego della custodia cautelare in carcere rimane fenomeno massivo. Al 29.2.2020, circa 1 detenuto su 3 è ristretto in carcere a titolo cautelare.

Il dato stupisce, se si volge la mente al biennio 1987-1988 e allo spirito che ha informato i lavori per il nuovo codice di procedura penale: abolizione del giudice istruttore, completa giurisdizionalizzazione del potere cautelare e migliore specificazione dei «casi e modi» di cui all'art. 13 Cost. parevano argini sufficientemente robusti, idonei a contenere le spinte per un impiego della cautela strumentale ovvero su larga scala.

Non poche soluzioni tecniche che, all'indomani del varo del c.d. codice Vassalli, sono state salutate come il più avanzato portato di decenni di riflessioni garantistiche, attuative della Costituzione, alla prova dei fatti hanno tuttavia manifestato un tasso di inadeguatezza impreveduto nel garantire l'obiettivo.

Le rassicuranti perfezioni del primo codice repubblicano si rivelarono ben presto più sterili di quanto i primi commenti lasciassero presagire. La figura che, emblematicamente, condensava tanto le speranze riposte dai codificatori, quanto la loro conseguente frustrazione è quella del giudice per le indagini preliminari. Organo nato fragile, senza occhi né braccia, letteralmente caduto – certo, non fu il solo – sotto i colpi di una stagione reazionaria che impresse al sistema una torsione inquisitoria, restituendo agli operatori un modello sfigurato e mal funzionante.

I continui, affannosi interventi di ortopedia legislativa hanno cristallizzato lo *status quo*. Da un lato, l'apparato normativo che presiede all'esercizio del potere cautelare è oltremodo complesso ma farraginoso; dall'altro, il gigantismo della pubblica accusa ha finito per schiacciare il giudice sul cui destino si sarebbe giocata la partita del nuovo codice.

Il presente studio si prefigura di analizzare le scelte del codificatore in materia di libertà personale e di seguirne l'evoluzione sino all'attualità. L'ingigantimento delle forme della giurisdizione cautelare che ne è derivato era, nel 1988, del tutto imprevedibile. Esso ha concorso a determinare l'aumento sempre più ragguardevole del "peso" delle indagini preliminari, rispostando all'indietro il baricentro del processo.

Verranno dunque approfonditi i rapporti che si instaurano, *bon gré mal gré*, tra lo sviluppo dell'odierno, complesso procedimento cautelare e quello di merito, al fine di scrutinare se le conclusioni raggiunte in tema di principio di c.d. preclusione siano esportabili a rime invertite: non più, cioè, soltanto dal procedimento di merito a quello cautelare, ma nel senso opposto.

Lo studio si snoda dunque attraverso l'analisi di istituti (l'archiviazione c.d. cautelare e il giudizio immediato c.d. custodiale) che maggiormente recano le tracce dell'idea di un condizionamento cautelare sul processo di merito: la giurisdizione cautelare è divenuta così "pesante", nelle forme e nei contenuti – addirittura da sostituire la pena, nell'immaginario collettivo e talvolta anche nelle applicazioni pratiche – che l'impostazione classica, secondo cui in nome di una pretesa autonomia dei giudizi gli effetti ivi prodotti non sono in grado di riverbersarsi sull'instaurazione del processo di merito, equivale ad attribuire sacche di incontrollata discrezionalità al pubblico ministero, laddove l'art. 112 Cost. non sembra viceversa lasciarvi spazio.

In conclusione, l'analisi che segue si propone di coltivare una prospettiva di ricostruzione del potere dell'attore pubblico in chiave di autoresponsabilità, filtrata in un'ottica di azione cautelare non a "costo zero", funzionale a una riduzione – anzitutto quantitativa – dei casi di ricorso alla massima restrizione della libertà personale *ante iudicium*. Lo strumento è individuato in un rafforzamento delle prerogative del giudice che, nel 1988, avrebbe più di ogni altro dovuto segnare lo stacco dall'epigono di tradizione inquisitoria.

Capitolo I

IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI: UNA GIURISDIZIONE DEBOLE

SOMMARIO: 1. L'approdo dopo il lungo cammino: la scomparsa del giudice istruttore. – 2. Le rassicuranti perfezioni della disciplina in tema di libertà personale. – 3. Una giurisdizione debole, senza occhi né braccia. – 4. L'approvazione della legge 8 agosto 1995, n. 332: un primo, non risolutivo passo verso l'implementazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari. – 5. Persistenti ritrosie, malintesi e un «pubblico ministero – quasi giudice». – 6. Un giudice per le indagini preliminari oppresso: il sistema che non c'è.

1. L'approdo dopo il lungo cammino: la scomparsa del giudice istruttore.

È convincimento diffuso, più volte ribadito, che il libro IV del codice di procedura penale, nella sua versione originaria, fosse «tra quelli meglio compiuti e, dato il suo innegabile livello di elaborazione, di più solido impianto»¹. Ciò d'altronde non stupisce, trattandosi di una materia della cui necessità di profonde rivisitazioni, ideologiche e tecnico-giuridiche, la migliore dottrina aveva discusso per trent'anni², garantendo al legislatore un approfondito retroterra culturale.

Il lungo cammino riformista – iniziato con la l. 18 giugno 1955, n. 517, che diede il là alla stagione del c.d. «garantismo inquisitorio»³, e protrattosi sino alla l. 5 agosto 1988, n. 300 – si apprestava a compiersi, nella consapevolezza che perché davvero si forgiasse una tutela della libertà personale informata ai valori della Costituzione repubblicana si sarebbe reso necessario un salto di qualità, una palingenesi dell'intero processo penale⁴.

¹ GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 482 e, più di recente, GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti di libertà*, Padova, 2012, p. 1; *contra* AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, I, 1989, p. XLVII, secondo cui «sul fronte garantistico la conquista più rimarchevole non appare quella della piena tutela della libertà personale dell'imputato... la normativa codicistica del 1988 appare... come un'opera di razionalizzazione e riordinamento di una materia ormai sviluppatasi con ricchezza di contenuti nella legislazione più recente». Tuttavia, lo stesso A., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 20, esprime un diverso giudizio: «la normativa contenuta nel libro IV del codice costituisce un modello sul piano della elaborazione legislativa sia per la sua ammirevole architettura, sia per lo spessore concettuale dei principi recepiti».

² Cfr., per tutti, VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, Padova, 1956; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976.

³ AMODIO, *Un questionario sul nuovo processo penale*, in *Dem. e dir.*, 1976, p. 67.

⁴ CHIAVARIO, voce *Libertà personale (dir. pen. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 4 sottolineava il rischio – con disarmante lungimiranza – che le regole del libro IV potessero finire con il «perdere mordente sino a vanificarsi» se il sistema penale nel suo complesso, funzionando a vuoto, avesse scaricato sulle misure cautelari (in specie custodiali) una funzione sanzionatoria, general o special preventiva, «che non si riesce ad esprimere in termini di accettabile efficienza sul piano delle pene... e soprattutto della loro esecuzione».

Sull'impiego dello strumento cautelare nel timore che alla pena non si pervenga mai, anche a causa della imminente prescrizione del reato, ovvero che la risposta sanzionatoria giunga a distanza di troppo tempo dal fatto e che comunque sia (percepita come) largamente ineffettiva si avrà modo di tornare più avanti. La riflessione, infatti, è ancora di stretta attualità, cfr. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco-Marzaduri, Torino, 2016, p. 204. Sulla perdurante, forse ormai cronica, crisi di legalità processuale penale si v. altresì NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (In ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 659 che stigmatizza «l'essersi spostati dalla pena dopo il processo (come richiederebbero gli artt. 27 comma 2° e 25 comma 2° della Costituzione), al suo rovescio: i controlli sociali, la “risposta giudiziaria”, le “misure di contrasto”, durante e tramite il procedimento, ossia

A tal fine, per meglio comprendere le più incisive novità della disciplina *de libertate*, pare opportuno ampliare l'oggetto del discorso e dare conto, in breve, della rinnovata architettura del nuovo codice.

Il legislatore muoveva dall'ispirazione ideologica di realizzare un processo penale accusatorio, il cui centro gravitasse attorno alla fase dibattimentale, la sola deputata a formare – nel contraddittorio delle parti, col rispetto dei principi di oralità e immediatezza – la prova per la decisione sul merito dell'imputazione.

Per conseguire il risultato, era però necessario un ribaltamento degli equilibri tra istruzione e dibattimento cristallizzati dal codice Rocco. La svolta storica nel modo di intendere la struttura del processo penale era racchiusa, in buona parte, nella netta cesura tra fase dibattimentale e attività anteriore a quella⁵.

L'obiettivo di tagliare il cordone ombelicale tra le citate fasi passava, inevitabilmente, per l'abolizione della figura più emblematica del processo continentale di stampo inquisitorio, il giudice istruttore. Egli cumulava in sé anche il ruolo, diversissimo, di investigatore; soprattutto, garantiva la compenetrazione delle due fasi, legate inscindibilmente dal fascicolo processuale da lui formato e destinato, fisiologicamente, ad essere riversato e utilizzato in dibattimento. Il sistema vedeva, dunque, nella elefantica istruzione formale il terreno elettivo della decisione grazie al recupero dibattimentale degli atti ivi formati, con un'accezione di contraddittorio debole o prettamente formale.

Non c'è da stupirsi, dunque, che in quel sistema il dibattimento scadesse a «basso teatro»⁶, strutturato non come processo sul fatto, bensì come «processo sul *dossier* formato nella fase istruttoria»⁷, a due sole mani. Poiché formati da un soggetto dotato di un forte connotato di giurisdizionalità, risultava arduo sostenere un'inutilizzabilità dibattimentale degli atti investigativi da lui raccolti. Tuttavia, non v'è chi non veda estendersi l'ombra della prevenzione sul giudice chiamato a pronunciarsi sull'imputazione, dopo aver appreso l'intero contenuto del fascicolo istruttorio; un garante schiacciato dal peso del pregiudizio, per aver smarrito ogni parvenza di terzietà.

Il *punctum dolens* era chiaro. Si sarebbe dovuto costruire un sistema nel quale i rapporti tra fase investigativa e dibattimento fossero informati a un rigido principio di separatezza. Gli artt. 326 e 526 c.p.p., allora, rappresentano la «chiave di volta» del sistema, tendenti a restituire centralità al dibattimento, ora libero di esprimere le sue potenzialità gnoseologiche⁸, attraverso la definitiva rottura del collegamento tra i concetti di investigazione e prova.

Il nucleo qualificante del nuovo rito è, anzitutto, l'art. 326 c.p.p., che promette un nuovo, effettivo ruolo servente della fase preliminare. Per tale norma passano e si incrociano due

quest'ultimo, usato per gli stessi scopi che dovrebbero essere solo della sanzione» e PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 s. Più di recente, approfondendo tematiche su cui si avrà modo di tornare, si v. RUGGIERI, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, fasc. 4, 2017, p. 92.

⁵ GREVI-NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987 (art. 2)*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, II, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, cura di Conso-Grevi-Neppi Modona, Padova, 1990, p. 20; AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XXXIV.

⁶ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 289.

⁷ AMODIO, *La fase anteriore al dibattimento nella nuova legge delega per il codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 509.

⁸ Il codice del 1988 accettava una premessa fondamentale: l'accertamento giurisdizionale non è indifferente al modo in cui si compie. Cfr. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274 s. e GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, IX, agg., 2001, p. 1 s.

linee caratterizzanti la codificazione: da un lato, la purezza dei ruoli processuali; dall'altro, la concezione delle indagini come "attività di parte", fase investigativa idonea non a formare prove, ma a sostenere le determinazioni del pubblico ministero inerenti all'esercizio dell'azione penale⁹. Questa assoluta novità rappresentava il maggiore punto di rottura e di svolta con il vecchio sistema, permettendo di ridisegnare con mano ferma una rinnovata fisionomia di ruoli: sottrazione al pubblico ministero di ogni potere paragiurisdizionale, di formazione della prova e di intervento sulla libertà dell'inquisito, e all'organo giurisdizionale di ogni autonomo potere investigativo¹⁰.

Corollario di questa premessa era la disciplina del c.d. doppio fascicolo, un inedito per le nostre tradizioni, ma sviluppo coerente della separazione delle fasi, ora presidiata da rigide regole di esclusione probatoria. Al fine di marcare il distacco dal modello ripudiato, l'universo conoscitivo del giudice avrebbe dovuto risultare decisamente circoscritto a quei soli, pochi atti ivi tassativamente indicati. Ciò che restava dall'opera di estrazione dal compendio istruttorio avrebbe composto il fascicolo del pubblico ministero, disciplinato in negativo, dal quale le parti avrebbero attinto al limitato fine delle contestazioni¹¹.

Si era dunque ribaltata la prospettiva. Nel rito inquisitorio, il giudice entra nel processo con la più ampia conoscenza delle prove, al punto che l'apporto delle parti si riduce se non all'inutilità quantomeno alla marginalità; in quello accusatorio, invece, è il giudice – organo destinatario dell'altrui iniziativa istruttoria – che necessita di apprendere dalle parti ciò che non sa, e non può sapere, dopo aver letto l'esiguo fascicolo processuale¹².

Della confusione dei ruoli del codice del 1930 era fulgido esempio anche la disciplina in materia cautelare. Donde, la pressante esigenza dei codificatori di coordinarla con i mutati equilibri processuali.

La fase istruttoria – ormai si trattava di un'acquisizione pacifica – non offriva effettive garanzie all'imputato *in vinculis*. Presunzione di non colpevolezza e parità delle parti risultavano, di fatto, svuotate dall'interno per l'attribuzione al giudice istruttore del compito di conduzione dell'indagine e, tramite essa, di «accertare la verità» (art. 299 c.p.p. abr.)¹³. Non stupisce, dunque, che una delle qualificanti scelte del legislatore delegante – per quanto attiene alla fase predibattimentale – sia stata abolire lo screditato ufficio del giudice istruttore¹⁴.

Nel codice Rocco, diretto epigono del modello napoleonico, la fase istruttoria, demandata al pubblico ministero (istruzione sommaria) o al giudice (istruzione formale), aveva il compito di raccogliere e formare prove, in funzione del passaggio al dibattimento. Specialmente nei procedimenti di media complessità, la conduzione concreta dell'investigazione era dominata dall'istruttore, autentico giano bifronte, titolare di poteri

⁹ VIGNA, *Le indagini preliminari*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini al dibattimento*, Milano, 1989, p. 6.

¹⁰ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 225.

¹¹ Completano la disciplina qui tratteggiata le regole in tema di letture e contestazioni, *ex artt.* 500 s. c.p.p. che, secondo AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XLVII, costituiscono barriere incisive e rigorose agli «itinerari di convincimento del giudice», che nessun altro legislatore europeo, in epoca moderna, aveva osato porre.

¹² AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XLV e FRIGO, *Commento all'art. 431*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 713.

¹³ AMODIO, *Eguaglianza delle armi nel processo, presunzione di innocenza e ruolo del giudice istruttore*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 240 e 242-246.

¹⁴ GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 481.

inquisitori e coercitivi «di intensità e dimensioni smisurate»¹⁵. Vale la pena però di sottolineare un aspetto cruciale. Il compito dell'istruttore, filtrato attraverso le maglie dell'art. 299 c.p.p. abr., avrebbe potuto essere più neutro di quanto in realtà non sia mai stato. Tuttavia, che «la tensione verso la verità sia da intendersi anzitutto come acquisizione delle prove a carico» è il portato della funzione dell'*instruere* in funzione del giudizio. Poiché l'investigazione è funzionalmente orientata a dotare l'imputazione del necessario sostrato probatorio per il giudizio, è consequenziale che l'acquisizione della prova a discarico si prospetti quale esito negativo, forse accidentale, dell'assunzione di quella a carico. In altri termini, modellare l'inquirente – chiunque esso sia – sulle note di un dovere di ricercare anche gli elementi a discarico non garantisce affatto circa la tenuta della sua effettiva imparzialità¹⁶.

Le direttive di cui all'art. 2, nn. 37, 40, 44 e 48 della legge delega n. 81 del 1987 contribuivano a ridisegnare – come si è accennato – la fase anteriore al dibattimento. Superando la sovrapposizione di ruoli di eco inquisitoria, il modello cui si informa il codice del 1988 è quello del processo di parte, seppure non in purezza. All'istruttoria si sostituiscono le indagini preliminari, sulla falsariga della fase *pre trial* anglosassone, la cui responsabilità è rimessa a un pubblico ministero e i cui risultati vedono circoscritta la loro utilizzabilità fisiologica all'interno della fase medesima, in funzione della stessa. Un'inchiesta di parte del pubblico ministero, per il pubblico ministero¹⁷.

Da questa impostazione, che riecheggia proposte elaborate in dottrina negli anni sessanta del secolo scorso¹⁸, seguiva – per quanto qui interessa – un fondamentale corollario. A fianco o, per certi versi, al di sopra di un pubblico ministero rigenerato nell'abito e nelle attribuzioni, si stagliava un garante giurisdizionale posto, nei casi previsti dalla legge, a tutela della legalità dell'inchiesta e delle libertà di colui che la patisce.

L'idea di istituire momenti di controllo giurisdizionale, prima dell'esercizio dell'azione penale¹⁹, costituisce una «felice intuizione»²⁰ dei codificatori del 1988. Poiché – è persino banale rimarcarlo – le indagini preliminari incidono per loro natura sui diritti fondamentali della persona, è necessaria l'esistenza di un garante contro possibili errori o arbitri del pubblico ministero²¹.

¹⁵ AMODIO, *Eguaglianza delle armi nel processo*, cit., p. 242, dal quale si traggono anche le successive citazioni.

¹⁶ Il parallelismo con l'attuale art. 358 c.p.p. è fin troppo evidente e l'argomento sarà sviluppato più avanti.

¹⁷ Da questo postulato, discendeva una serie di corollari: non essendo più giurisdizionalizzata, la fase dev'essere libera da pastoie formali, *sub specie* di documentazione e verbalizzazione; gli elementi raccolti non costituiscono "prove", dalle quali si differenziano anche dal punto di vista terminologico; la fase è connotata da un regime di segretezza istruttorio, in funzione delle "strategie" dell'investigatore, nei confronti dell'inquisito. Si v. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Garlati, Milano, 2010, p. 153 s.

¹⁸ CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963, ripreso e affinato da CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, p. 61 s.

¹⁹ Si è soliti riferirsi al G.i.p. quale organo dotato di una «giurisdizione senza azione», cfr. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XLIV, anche se forse è meglio parlarne in termini di «giurisdizione incidentale», v. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 235.

²⁰ NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 29; ID., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 192 sottolinea «l'idea in qualche misura rivoluzionaria» di un giudice chiamato a operare prima che ci sia il processo.

²¹ «E, se non si pensa agli errori e agli eventuali arbitrii, a che serve la procedura penale?», NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari*, in *La nuova procedura penale*, cit., p. 371.

Nasceva dunque il giudice per le indagini preliminari²², organo terzo, in spiccata posizione di equidistanza dalle parti, non partecipando alla, né essendo responsabile della, conduzione dell'inchiesta. Un giudice che, dunque, smarriva i tratti fisiognomici dell'istruttore²³.

L'obiettivo principale, nel coniare un organo giurisdizionale che gravitasse nella fase investigativa, era ovviamente quello di evitare, in concreto, la riproposizione del giudice che tanto faticosamente si era abolito²⁴. La fobia di riconoscere, sotto le nuove spoglie, in controluce, le più antiche e note fattezze dell'istruttore veniva vinta negando al nuovo soggetto non soltanto la responsabilità delle indagini, ma altresì la loro conoscenza – se non nei limiti in cui l'accusatore lo rendesse edotto – ed eliminando (quasi tutte) le occasioni di un suo intervento *ex officio*; in breve, edificando un'inedita figura di giudice senza fascicolo processuale.

Il risvolto di un giudice apparentemente passivo, mero recettore delle richieste del pubblico ministero – in astratto, anche della persona sottoposta alle indagini, ove a conoscenza del procedimento – avrebbe potuto essere una sua eccessiva debolezza. Un giudice-burocrate, insomma, portato anche per vicinanza professionale e ordinamentale a solidarizzare oltremodo con il pubblico ministero e, in definitiva, a farsi influenzare e ad “appiattirsi” sulle di lui richieste²⁵.

Autorevole dottrina aveva colto, già nei primi commenti, che sulla tenuta della nuova figura si sarebbe giocata «gran parte della sorte del nuovo codice di procedura penale», ravvisando però elementi sufficienti per un moderato ottimismo proprio nella sua indifferenza all'investigazione, ai suoi problemi, sviluppi ed esiti²⁶: neutralità ed equidistanza, portati di una più accentuata giurisdizionalizzazione, erano il fulcro, il supporto per la sua autorevolezza e concreta premessa per scongiurare una subalternità (anche psicologica) al pubblico ministero²⁷.

Era inevitabile che una simile ricomposizione di ruoli e attribuzioni propagasse i suoi effetti anche in ambito cautelare. Il superamento della figura dell'istruttore ha, dunque, indotto il legislatore codicistico a costruire il libro IV su un'irrinunciabile premessa ideologica: la giurisdizionalizzazione del potere cautelare, pur già anticipata dalla novella n. 330 del 1988.

2. Le rassicuranti perfezioni della disciplina in tema di libertà personale.

²² «Figura ignota al *theatrum iustitiae* italiano», CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 22; anzi, secondo SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno di Bari-Mattinata, 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, p. 88, trattasi del «vero giudice nuovo del nuovo processo».

²³ GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 358 e al quale rimandiamo per l'analisi del quadro delle variegate funzioni del G.i.p., distinte nella consueta ripartizione tra attività di “garanzia”, di “controllo” e di “assunzione della prova”.

²⁴ GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., c. 369. Tale pericolo, ammette l'A., si sarebbe concretizzato con l'attribuzione di penetranti poteri di conduzione, di guida o condizionamento dell'inchiesta, facendo diventare il G.i.p., nella sostanza, un organo di indagine, “doppione” rispetto al pubblico ministero.

²⁵ Ancora, si v. GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., c. 372-373.

²⁶ *La Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale* 24 ottobre 1988, n. 250, *Supplemento Ordinario*, n. 2, p. 81 chiarisce che già la denominazione di giudice «per» e non «delle» indagini è sintomatica dell'estraneità del giudice rispetto l'attività investigativa.

²⁷ GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale*, cit., c. 373-374.

Il codificatore era ben conscio dei difetti strutturali del codice che si apprestava ad abrogare: concezione della cautela in chiave squisitamente istruttoria/preventiva, piuttosto che processuale; contitolarità, in capo al giudice e al pubblico ministero, del relativo potere²⁸.

L'obiettivo, da lungo tempo perseguito, di sottrarre all'investigatore il potere coercitivo passava inevitabilmente per un innalzamento del livello di tutela rispetto, persino, all'art. 13, co. 2 e 3 Cost. La locuzione «autorità giudiziaria», infatti, è stata dalla legge delega – e conseguentemente dal decreto delegato – reinterpretata in senso maggiormente garantistico: la sola autorità legittimata a intervenire sulla libertà personale è il giudice²⁹, residuando all'investigatore il solo circoscritto potere del fermo giudiziario. In effetti, il legislatore non faceva altro che portare alle più estreme, ma coerenti conseguenze l'assunto iniziale, ovvero che chi è investito di funzioni investigative non deve potere disporre della libertà personale altrui, se non in «casi eccezionali di necessità ed urgenza».

Gli artt. 279, 291 e 292 c.p.p. sono il precipitato di queste direttive. La redistribuzione dei poteri, pietra angolare del nuovo sistema³⁰, è coerente con la logica accusatoria. I commedianti – giudice e pubblico ministero – sono rimasti gli stessi, ma calcano la scena con abiti nuovi e battute riviste; entrambi concorrono alla formazione del titolo cautelare, ma sono mutati i rapporti tra i vari interventi³¹.

La tematica cautelare interseca qui, dunque, l'altra opzione qualificante il codice del 1988, ricomponendo il quadro nel quale anche noi ci muoviamo: abolito il giudice istruttore, distinto concettualmente il ruolo dell'investigatore da quello del giudicante, della questione cautelare durante le indagini è investito un giudice concepito al precipuo scopo di assicurare una costante garanzia giurisdizionale nella fase preprocessuale senza però, naturalmente, essere coinvolto nella conduzione dell'inchiesta. Dunque, un giudice meno esposto ad eventuali tentazioni inquisitorie di quanto non fosse il suo predecessore, in perfetta aderenza al ruolo di garante *super partes* assegnatogli³².

Il procedimento cautelare – *actus duarum personarum*³³ – si articola dunque su un pubblico ministero richiedente, necessario introduttore del *thema*, e un giudice decidente³⁴. Sul primo grava l'onere della domanda; sul secondo, l'obbligo di provvedere con ordinanza³⁵. Correlativamente, all'investigatore è sottratto il potere cautelare; al decidente quello di procedere *ex officio*.

A voler seguire i binari da cui si sono prese le mosse – distinzione di ruoli e ripartizione delle attribuzioni – un aspetto fondamentale, per quanto qui interessa, attiene all'interazione

²⁸ DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, cit., p. 1, secondo cui in ciò si raggiungeva «l'apice della commistione inquisitoria tra ufficio dell'accusa e ufficio della giurisdizione»; MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 61-62.

²⁹ GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 481; GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 17.

³⁰ NAPPI, *Guida al Codice di Procedura penale*, 10ª ed., Milano, 2007, p. 734.

³¹ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 20, alla quale appartiene anche la metafora teatrale.

³² In generale, si v. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia*, cit., p. 141 s.; FERRAJOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 3ª ed., 2006, p. 127 s. e ancora GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 19-20.

³³ CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, p. 514.

³⁴ CIANI, *Commento all'art. 291*, in *Commento*, cit., p. 159.

³⁵ Che il giudice, ex art. 292 c.p.p., sia tenuto a provvedere in ogni caso è assunto pacifico. Per tutti, GIUS. AMATO, *Commento all'art. 292*, in *Commentario del nuovo codice*, cit., III, pt. II, 1990, p. 128.

tra i concorrenti nella formazione del titolo cautelare³⁶. Il rapporto dialettico che si instaura tra richiedente e decidente è delineato dagli artt. 291 e 292 c.p.p.³⁷. Il pubblico ministero inoltra la domanda, idonea a perimetrare il *thema decidendum*, allegando – nella versione originaria – i soli elementi su cui essa «si fonda». La richiesta è corredata da adeguata documentazione, in funzione di sostrato probatorio, senza che ciò implichi un'anticipata e generalizzata *discovery* dell'intero fascicolo. Si è ritenuto, per tale via, di cristallizzare un ragionevole equilibrio tra le esigenze cautelari e il segreto investigativo, il cui concreto dosaggio viene rimesso all'attore in ragione della sua conoscenza del materiale sin lì raccolto.

La soluzione pareva, e pare tutt'ora alla dottrina maggioritaria, in linea con i canoni accusatori del nuovo rito³⁸. Il pubblico ministero, divenuto parte, sopporta il rischio del mancato convincimento del giudice, laddove sia troppo avaro nello scoprire le proprie carte. Si voleva, insomma, informare il ruolo del pubblico ministero ad un'elementare regola di «autoresponsabilità»³⁹. Demandando la scelta all'unico soggetto dotato di piena conoscenza dell'inchiesta, dei risultati già acquisiti e dei suoi sviluppi potenziali, egli persegue l'obiettivo, di volta in volta, più confacente alle proprie strategie⁴⁰. Da un lato, quanti più materiali vengono trasmessi, tanto maggiori sono le *chances* di ottenere l'agognato provvedimento, ma correlativamente aumenta il costo in termini di brecce nel segreto investigativo; dall'altro e specularmente, ove egli reputi eccessivo quel prezzo, sconta il rischio del diniego. Pericolo tanto maggiore, quanto più scarna è la documentazione allegata.

Sulla scorta delle allegazioni, il giudice è invece chiamato a valutare la fondatezza della domanda e a pronunciare ordinanza, analiticamente motivata⁴¹. È solo dalla successiva esecuzione del titolo che entra in scena l'imputato il quale, in effetti, sino ad ora, è stato considerato più quale oggetto del provvedimento che come soggetto processuale.

Il sottosistema normativo racchiuso nel libro IV si poneva come obiettivo primario la costruzione di una disciplina grazie alla quale, nel futuro processo penale, la libertà personale avrebbe dovuto costituire davvero la regola, così rinnegando la nota equazione inquisitoria “imputato = ristretto”⁴².

³⁶ Si prescinderebbe, per il momento e salvo successive integrazioni ove necessarie, dall'analisi dell'intera architettura del libro IV del codice del 1988, per la quale si rinvia ai già citati GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 487 s. e MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 64 s.

³⁷ Siamo nel cuore delle novità qualificanti il sistema del 1988, perché se da un lato è innegabile che una rivisitazione dei presupposti cautelari fosse necessaria per meglio soddisfare, rispetto al codice Rocco, la riserva di legge ex art. 13, co. 2 Cost., dall'altro, non è contestabile che i rinnovati equilibri tra i soggetti legittimati a intervenire in tema di libertà personale avrebbero rappresentato l'autentico banco di prova per la “riuscita” del G.i.p. Qui correva, forse più evidente che altrove, il crinale che avrebbe deciso circa la sua subalternità ovvero autorevolezza rispetto l'accusatore.

³⁸ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 514, secondo cui «nella dialettica accusatoria non esistono verità occulte: incombono degli oneri a chi domanda; forse non gli conviene dire tutto ma, se tace troppo, la richiesta sarà respinta»; GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, p. 392-394.

³⁹ Così, GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 372.

⁴⁰ In termini non dissimili CIANI, *Commento all'art. 291*, in *Commento*, cit., p. 163.

⁴¹ È opinione diffusa che il G.i.p. non possa andare *ultra petita*, così CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 515 e GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 393; *contra* GIUS. AMATO, *Commento all'art. 292*, cit., p. 129-130. Per quanto concerne l'adozione di una misura meno gravosa di quella richiesta dall'attore istituzionale, si rinvia al par. successivo.

⁴² CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 466 ci ricorda come, nel sistema inquisitorio, l'imputato sia «animale confessante» e, p. 25, dunque, vada «sfruttato a fondo».

Il ridimensionamento nell'utilizzo dello strumento cautelare passava, anzitutto, attraverso la giurisdizionalizzazione del relativo potere. Era però chiaro che, di per sé sola, l'attribuzione della competenza a un giudice – *ceteris paribus* – non avrebbe potuto costituire antidoto sufficiente al rischio di un'ingiusta detenzione. Si rendeva dunque necessaria una profonda rivisitazione dell'intera materia, a partire dai presupposti applicativi.

Innovando l'originario impianto dell'art. 252 c.p.p. abr., il legislatore confermava la soluzione anticipata con la l. n. 300 del 1988 e individuava il primo requisito nei «gravi» – e non più «sufficienti» – indizi di colpevolezza, nel chiaro e trasparente intento di «accentuare la consistenza della piattaforma indiziaria indispensabile per l'adozione di qualunque misura cautelare personale»⁴³. Vero è che trattasi di una semplice modificazione di aggettivi, ma il segnale è inequivocabile, nel senso di volere «frenare eventuali eccessive disinvolture sul piano applicativo»⁴⁴ e chiamare l'organo decidente a un giudizio prognostico più pregnante in merito alla probabile colpevolezza dell'imputato, seppure supportato da un materiale indiziario potenzialmente non completo.

La valutazione di gravità implica un giudizio allo stato degli atti più rigoroso e puntuale di quello di cui si accontentava il codice del 1930, risolvendosi in un'affermazione di «estrema e convincente probabilità di colpevolezza in ordine all'ipotesi criminosa contestata»⁴⁵.

Un giudizio prognostico di tal fatta, per quanto di più solido fondamento, non è da solo sufficiente all'emissione di una legittima misura cautelare; occorre altresì la sussistenza di un bisogno cautelare, la «concreta ricorrenza di situazioni di pericolo connesse al processo» che richiedono di essere fronteggiate in via cautelare per evitare, se realizzate, che il processo sia *inutiliter dato*⁴⁶. La formulazione dell'art. 274 c.p.p. sembrava cristallizzare un ragionevole compromesso tra istanze securitarie e diritti dell'individuo, mirando a garantire la libertà dell'imputato senza impedire l'adozione delle cautele che si rendessero processualmente necessarie.

La carica di forte innovazione del codice non si fermava qui. Costituiscono norme fortemente innovative quelle che delineavano la discrezionalità guidata del giudice nella scelta della misura da adottare, muovendo dal presupposto – altrettanto «rivoluzionario» – dell'esistenza di una pluralità di cautele, poste in graduale progressione di crescente intensità del sacrificio imposto all'individuo. L'art. 275 c.p.p. rappresenta uno dei migliori esempi di questa rinnovata opzione culturale. Esso positivizza i principi di adeguatezza, proporzionalità e – con riferimento alla custodia cautelare in carcere, da disporre «soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata» – *extrema ratio*. Ciò implicava, da un lato, il ripudio dell'idea di una facoltatività od obbligatorietà delle misure cautelari⁴⁷ e, dall'altro, il corollario per cui deve essere prescelta la misura che, parimenti idonea nel fronteggiare i *pericula libertatis*, sia la meno gravosa per l'imputato⁴⁸.

⁴³ GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 486.

⁴⁴ GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 486.

⁴⁵ GIUS. AMATO, *Commento all'art. 273*, cit., p. 16.

⁴⁶ DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, cit., p. 7 e GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 486-487. In generale, ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 67 s.

⁴⁷ NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del convegno di Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, p. 16 e MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 72.

⁴⁸ GREVI, *Le garanzie della libertà personale*, cit., c. 487.

Dai nuovi tracciati in tema di proporzione e necessità, in combinato disposto con il requisito di «gravità» indiziaria, è possibile trarre una prima conclusione sistematica di rilievo. Si incrociano due linee di sviluppo fondamentali della materia, in grado di calarla razionalmente nella compiutezza del disegno costituzionale e codicistico: il giudizio prognostico di gravità indiziaria tenderebbe – quantitativamente, per lo meno – verso la valutazione che si ritrova nell’atto che determina l’inizio del processo, l’imputazione. Ciò perché il sistema non tollererebbe, in quanto sproporzionate, restrizioni della libertà personale a cui – rimanendo invariato il quadro indiziario, al termine della fase investigativa – non faccia seguito il promovimento dell’azione penale e il rinvio a giudizio⁴⁹.

Gli adempimenti esecutivi successivi all’emissione del titolo cautelare concludono il procedimento applicativo, segnando il limite del nostro *excursus*. Disciplinati dagli art. 293 e 294 c.p.p., il primo è funzionale a consentire l’esercizio del diritto di difesa, personale e tecnica, mediante la consegna all’imputato della (sola) ordinanza applicativa; il secondo regola la prima presa di contatto del giudice con l’imputato ristretto, funzionale a che il primo ascolti l’*altera pars*⁵⁰.

Si sono poste così le premesse per una rivalutazione a caldo dei presupposti della misura, alla luce delle deduzioni e degli elementi forniti dall’indiziato – costituendo, questa, una delle principali espressioni del diritto di autodifesa in ambito cautelare – sì da costringere il giudice, di solito il medesimo che ha pronunciato l’ordinanza, a un controllo successivo sulla “tenuta” delle valutazioni operate, *ex ante*, in solitaria.

3. Una giurisdizione debole, senza occhi né braccia.

Il nuovo codice aveva visto la luce nella generalizzata fiducia circa l’elevata qualità tecnica dei tratti caratterizzanti e, per quanto concerne la tematica *de libertate*, le aspettative riposte nella «carta di libertà» erano, se possibile, ancora più elevate⁵¹.

Invero, gli equilibri su cui l’intelaiatura poggiava erano alquanto delicati e, come la prassi si sarebbe incaricata di mostrare, oltremodo precari. A non reggere l’urto della realtà quotidiana fu – paradossalmente – proprio la struttura delle indagini preliminari⁵² e, con essa,

⁴⁹ GIUS. AMATO, *Commento all’art. 273*, cit., p. 19-20; *contra*, CHIAVARIO, *Commento all’art. 273*, in *Commento* cit., p. 32-33. In effetti, questa tesi sembra smentita dall’art. 409, co. 1, secondo periodo c.p.p., il quale positivizza l’ipotesi in cui all’esecuzione di una misura custodiale segua un esito archiviativo. Così, d’altronde, la dottrina unanimemente si è espressa in merito all’art. 405, co. 1-bis c.p.p. secondo cadenze che, tuttavia, andranno approfondite. Si rinvia al cap. II, sez. II.

⁵⁰ Connotato essenziale del titolo cautelare, tipico atto “a sorpresa”, è il contraddittorio differito, posticipato all’attuazione del *titulus custodiae*. Questa struttura, “richiesta-ordinanza-contraddittorio”, fa ormai parte del patrimonio genetico del nostro ordinamento processuale, che dapprima posticipava il contraddittorio all’impugnazione «anche nel merito» avverso il provvedimento cautelare, introdotta con la novella n. 532 del 1982, e oggi lo “anticipa” all’interrogatorio c.d. di garanzia. Sull’evoluzione dell’istituto, sui suoi difetti genetici nell’impianto del 1988 e sul ruolo fondamentale giocato dalla Corte costituzionale nel plasmare questa irrinunciabile garanzia per l’indagato *in vinculis*, si rinvia a GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, p. 780 s. e, dello stesso A., *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 51 s.

⁵¹ CHIAVARIO, *Una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche sgualcitura (e qualche... patinatura di troppo)*, Prefazione al *Commento al nuovo codice*, cit., p. 21.

⁵² Apparve chiaro sin da subito che la “promessa” su cui si reggeva il sistema – quella impressa nell’art. 326 c.p.p., secondo cui gli atti investigativi non servivano ad altro se non alla stessa fase d’indagine, con gli ormai noti corollari che ne seguivano – in realtà non veniva mantenuta. A tacere degli effetti esterni al processo – pur affatto secondari, su cui v. FASSONE, *Il processo che non c’è*, in *Quest. giust.*, 1994, n. 2-3, p. 521 s., spec. p. 523 e 527 e, da ultimo, CANZIO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2016*, 26 gennaio 2017, p. 35-36 – in realtà il compendio investigativo costituiva la piattaforma probatoria di decisioni affatto ininfluenti, tra cui quelle all’esito dei giudizi abbreviati o di applicazione della pena su richiesta delle parti, oltretutto,

la fisionomia del garante giurisdizionale chiamato a presidiarla. Da più parti si sottolineava che la giurisdizione “soggettiva” del giudice per le indagini preliminari⁵³ ideata dai codificatori soffriva, in realtà, di difetti che ne avrebbero pregiudicato la concreta funzionalità e si denunciava l’illusorietà di avere costruito un giudice dai robusti connotati di terzietà per via, soltanto, di «un dato negativo, come il mancato coinvolgimento» nelle indagini⁵⁴.

L’equidistanza che i codificatori avevano inteso realizzare, nell’ottica di garantire la parità delle parti davanti al giudice, veniva frustrata in radice dall’assenza del benché minimo equilibrio tra accusa e difesa nell’inchiesta preliminare. E se è vero che parità non significa eguaglianza di poteri, se non altro per la fisiologica ripartizione di ruoli⁵⁵, era innegabile che – per lo meno nell’impianto originario – la difesa fosse in posizione di netta, forse eccessiva inferiorità: chiamato a intervenire in contesti troppo sperequati, il garante può solo ratificare e, in un certo senso, consacrare la superiorità dell’una a scapito dell’altra parte.

Una giurisdizione di tal fatta risultava intrinsecamente debole, pur a dispetto dell’«imponente apparato procedimentale» attraverso la quale si esplicava⁵⁶. I punti di emersione di questa tendenza erano (e sono) plurimi e, secondo taluni, spesso sintomatici di un rinnovato – o stravolto – ruolo attribuito al pubblico ministero. Si ponga mente, a titolo di mero esempio, all’art. 330 c.p.p., in forza del quale egli è oggi in grado di procacciarsi la *notitia criminis* e, perciò, di attivarsi in assenza della stessa, seguendo personali strategie di politica criminale⁵⁷. Con il che, indirettamente, si corre il rischio di avergli attribuito anche un (inedito) potere di selezione circa cosa riservare alla giurisdizione e cosa no⁵⁸. E, se è vero che la procedura archiviativa è stata posta sotto stretta garanzia giurisdizionale, un po’ di schiettezza avrebbe portato a ritenere che l’inidoneità a sostenere l’accusa in giudizio viene a dipendere, circolarmente, dalla solerzia con cui l’inquirente ha inteso adempiere al suo compito istituzionale⁵⁹.

naturalmente, in ambito cautelare. Con il che si veniva a creare un cortocircuito peculiare, amplificato – nell’eventualità di una misura cautelare – dall’art. 432 c.p.p. su cui, però, si avrà modo di tornare più avanti.

⁵³ FERRAJOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice*, cit., p. 93, per tale intendendosi una forma di giurisdizionalità per il solo fatto che il soggetto interveniente goda di ben precise prerogative di *status* e ordinali, in ciò contrapponendosi alla giurisdizione “oggettiva”, che presuppone una pronuncia assunta nel rispetto di talune, minime regole (rispetto del contraddittorio, anzitutto).

⁵⁴ FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell’udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 55. NOBILI, *Un rimedio impossibile: l’istruttoria del difensore*, in *Scenari*, cit., p. 104 aggiunge: «si disse “garante giurisdizionale”, come se la pompa delle parole potesse bastare».

⁵⁵ Cfr. Corte cost., ord. 21 dicembre 2001, n. 421 in *Giur. cost.*, 2001, p. 4006 e, più di recente, sent. 20 luglio 2007, n. 320, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3112 s., con nota di CAPRIOLI.

⁵⁶ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1256, il quale inoltre sottolinea come, date queste premesse, l’intervento del giudice spesso scadeva a mera autorizzazione delle scelte compiute dal pubblico ministero.

⁵⁷ Critico anche SILVESTRI, *Il P.m. quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 960.

⁵⁸ NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa*, cit., p. 367; MARAFIOTI, *L’archiviazione tra crisi del dogma dell’obbligatorietà dell’azione ed opportunità “di fatto”*. *Prospettive di razionalizzazione della prassi*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 378 s. Qualche anno più tardi, un autorevole studioso concludeva un suo intervento ammettendo, candidamente, che «la discrezionalità [nell’esercizio dell’azione penale] è già nei fatti, senza peraltro un minimo di regolamentazione», CONSO, *Conclusione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 308.

Confermava l’esistenza, per il “nuovo” pubblico ministero, di una «libertà di movimento senza precedenti» anche l’allora Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano BORRELLI, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Atti del convegno di Saint Vincent 3 giugno 1993, Milano, 1994, p. 31, il quale parla, a p. 33, di «dominio totale dell’indagine» da parte dell’accusatore.

⁵⁹ Il ruolo del pubblico ministero quale “gestore” delle indagini, con una sacca di discrezionalità difficile da rinnegare, rischia di affiorare da altre norme. Gli artt. 335 e 369 c.p.p. delineano un sistema che, per certi versi, è

Le spie normative di un'eccessiva *vis* del pubblico ministero – che presto sarebbe stato riconosciuto il *dominus* delle investigazioni – sul giudice per le indagini preliminari si rinvenivano un po' ovunque nel codice⁶⁰.

Il ruolo del giudice per le indagini preliminari diventava allora crocevia di una congerie di problematiche. Su quel giudice che si era fortemente voluto diverso dall'istruttore, costruendolo in negativo – avendo cioè chiaramente contezza di ciò che non dovesse essere – il peso dell'eredità, o «fattore h 2»⁶¹, ha pesato a tal punto che, semplicemente, il nuovo garante non è stato posto in condizione di svolgere, proficuamente, il ruolo per cui era stato ideato.

più arretrato di quello precedente, rispetto al quale cioè v'è “più segreto”. Qui basta ricordare che questi istituti rappresentano gli unici due momenti in cui l'indagato – rispettivamente, chiedendo o ricevendo notizia – prende legittimamente cognizione del procedimento a suo carico.

Soffermandoci sul secondo, la spiegazione del perché l'art. 369 c.p.p. obbligasse il pubblico ministero a inviare l'informativa «sin dal momento del primo atto» garantito era piuttosto traballante: solo da quel momento «sorge l'esigenza di notificare l'imputato del procedimento a suo carico, giacché solo in relazione al compimento degli atti suddetti può in concreto estrinsecarsi l'attività del difensore», così la *Relazione al progetto preliminare*, cit., p. 92. Neppure la novella del 1995, n. 332 è riuscita a rivitalizzare l'istituto dell'informazione di garanzia. Cfr. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari*, cit., p. 189. I riflessi in punto di effettività del diritto di difesa erano notevoli, implicando una difesa “al buio” circa l'esistenza stessa del procedimento penale. L'arretramento, rispetto alla vecchia comunicazione giudiziaria, era evidente ai più.

A ciò non poteva supplire neanche l'art. 38 att. c.p.p., una delle norme più innovative del codice, benché non scevra da problemi. Cfr. CRISTIANI, *Commento all'art. 38 att. c.p.p.*, in *La normativa complementare, Norme di attuazione*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1992, p. 152 s. e GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 199, per quanto attiene alla formulazione dell'art. 38 att. c.p.p. successiva alla legge 332 del 1995. Nella versione originaria, il difetto era “a monte”, in stretto collegamento con l'impossibilità per l'indagato di conoscere il procedimento a proprio carico (artt. 335 e 369 c.p.p.), *prius* logico per intraprendere le investigazioni difensive. A ciò si aggiungeva un'interpretazione giurisprudenziale divenuta maggioritaria, si v. Cass. 18 agosto 1992, Burrafato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1160 s., con nota di SCELLA, in base alla quale i risultati delle investigazioni difensive erano considerati processualmente “irrilevanti” e l'indagato, per acquisire l'elemento di prova ritenuto pertinente e utile, avrebbe dovuto convogliare la richiesta sul pubblico ministero, ex art. 367 e 358 c.p.p., essendo egli l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi. Successivamente al 1995, invece, i problemi sarebbero dipesi dalla formulazione del rinnovato art. 38 att. c.p.p., totalmente mancante di ogni “istruzione d'uso”.

⁶⁰ Basti por mente all'art. 104 c.p.p. – da ultimo riformato con la legge 23 giugno 2017, n. 103, ma non su aspetti qui rilevanti – e al potere attribuito all'organo giurisdizionale, su richiesta del pubblico ministero, di diffidare il colloquio tra imputato *in vinculis* e difensore, in presenza di «specifiche ed eccezionali ragioni di cautela». Assunto ineccepibile *in vitro*; in concreto è però da chiedersi quali elementi possessa il giudice per rendersi conto, realmente, dell'esistenza di tali straordinarie ragioni di cautela. Egli non ha altro punto di riferimento se non la parola del pubblico ministero e – è stato rilevato – non vi sono ragioni valide per cui dovrebbe dubitarne, cfr. TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 618-619.

O ancora si rifletta sul d.l. 14 gennaio 1991, n. 12, convertito in legge 15 marzo 1991, n. 89, che interviene in tema di udienza di convalida dell'arresto o del fermo (art. 391, co. 3-bis c.p.p.). Si rinvia a FERRUA, *La revisione del codice 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 139 per il rilievo per cui il nuovo regime di partecipazione facoltativa del pubblico ministero si risolve in una disciplina a scapito non già dell'accusa, bensì della difesa; ciò perché «ogniquale si affievolisce o declina la figura del pubblico ministero, subito giganteggia quella del giudice in veste di accusatore».

Negli anni 1992-1995, la strutturale debolezza del G.i.p. è stata utilizzata, da più parti, per patrocinare una separazione ordinamentale e istituzionale delle carriere del pubblico ministero e del giudice. Tra i molti, si v. FERRUA, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 56-57; NOBILI, *Time danaos: risalenti profezie*, in *Scenari*, cit., p. 74; PISAPIA, *Relazione introduttiva*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 16; ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, *ivi*, p. 220 e, dello stesso A., *Appunti sparsi sulla riforma costituzionale della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2862 s.; più di recente, AMODIO, *Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo vizioso*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, fasc. 1, p. 1 s. *Contra*, per tutti, MADDALENA, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 51-52.

⁶¹ AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 20, parla di “*horror hereditatis*”.

Al di là degli esempi citati, in cui il potere dell'investigatore non riusciva a essere efficacemente bilanciato da "questo" giudice per le indagini preliminari, era il settore delle coercizioni personali a prestare il fianco a più radicali, profonde riflessioni critiche.

In effetti, che il procedimento cautelare – pur così pregevole nelle soluzioni tecniche adottate e saldamente ancorato a valori radicalmente antitetici a quelli che ispiravano la precedente legislazione – celasse preoccupanti *deficit* garantistici fu chiaro sin dalle prime applicazioni. Complice anche l'avvio di una stagione di indagini in tema di corruzione e malaffare politico forse irripetibile – il cui *dies a quo* si è soliti individuare nel 17 febbraio 1992 – interpreti e opinione pubblica dovettero rendersi conto che il "meccanismo perfetto" ideato dai codificatori non era idoneo a impedire un massiccio ricorso allo strumento cautelare. Anzi, dati statistici e sospette coincidenze tempistiche tra esecuzione delle misure (soprattutto, custodiali), interrogatorio del pubblico ministero, scelta collaborativa dell'imputato e sua scarcerazione, portavano a ritenere che si fosse dinnanzi a «un uso generalizzato e improprio della custodia cautelare in carcere»⁶². Schiacciato dalla realtà, quel raffinatissimo «codice all'interno del codice»⁶³ appariva vuoto, senza alcuno spessore garantistico⁶⁴.

Nonostante la dottrina maggioritaria non ritenesse il malfunzionamento del sistema cautelare direttamente riconducibile al dettato codicistico, ancora reputato un prodotto di pregevole fattura, era chiaro che qualcosa nel procedimento applicativo difettasse.

A destare le maggiori perplessità, fin dall'approvazione del codice, era stata la scelta sottesa all'art. 291 c.p.p.⁶⁵. Alla tesi – già riportata – che scorgeva nella norma disciplinante la richiesta cautelare una purezza di linee accusatorie, ben presto si affiancò un'altra, opposta voce. Lo stesso pubblico ministero, cui pure il codice affidava il compito di accertare «fatti e circostanze favorevoli» alla difesa (art. 358 c.p.p., sul quale torneremo), poteva, nel selezionare gli atti raccolti, dosarne la trasmissione al giudice; ciò rendeva plausibile il pericolo di una visione del giudicante non soltanto di parte, ma altresì parziale (nell'autentico significato del termine)⁶⁶.

«Stupefacente e inaccettabile»⁶⁷, la norma tesseva stravaganti rapporti tra l'investigatore e il giudicante. La giustificazione offerta – calibrare la *discovery* in base agli obiettivi che il pubblico ministero, volta per volta, puntava a conseguire, in un'ottica costi-benefici – poggiava su un presupposto malfermo, ovvero che l'investigatore potesse opporre strategie,

⁶² GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1254. D'altra parte, autori legati al codice da un rapporto "parentale" difendevano il prodotto della stagione '87-'88. Si v., PISAPIA, *Il codice di procedura penale: cinque anni dopo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 11 secondo cui le norme in tema di libertà personale non avrebbero avuto bisogno di modifiche, in quanto «se correttamente interpretate, non potevano consentire quegli straripamenti applicativi da molti lamentati» e GREVI, *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 531 s., a parere del quale in nessuna disposizione del libro IV poteva nascondersi il germe dell'abuso della custodia a fini confessori. Il problema vero era l'applicazione forzata o distorta che si faceva delle disposizioni, in sé ineccepibili.

⁶³ AMODIO, *Le misure coercitive*, cit., p. 17.

⁶⁴ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 52.

⁶⁵ CIANI, *Commento all'art. 291*, in *Commento*, cit., p. 163, secondo cui la norma rappresentava un «grave inconveniente». Fortemente critici NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., p. 29 s. e GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 54-55.

⁶⁶ A poco servivano interpretazioni correttive pur suggerite in dottrina, tra cui CIANI, *Commento all'art. 291*, cit., p. 163, che invocava correttezza e deontologia professionale del pubblico ministero per sterilizzare una norma dai toni accusatori esasperati; critico nei confronti di un tale approccio GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 205, secondo cui la norma processuale che si rimette alla correttezza del soggetto di cui dovrebbe disciplinare l'azione tradisce la sua funzione di prevenire, eliminare e sanzionare gli abusi.

⁶⁷ NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., 30.

informate a segretezza e riserbo, anche nei confronti del garante giurisdizionale. Si noti che non si discettava (ancora) di *discovery* nei confronti della difesa – comunque destinata, in caso di proposizione di riesame, a venire a conoscenza del *dossier* – ma di rapporti di segretezza tra pubblico ministero e giudice.

E allora non è inutile chiedersi come potrebbe essere terzo e imparziale quel giudice che, nel decidere sulla cattura, “*non deve*” conoscere gli elementi già emersi e raccolti⁶⁸; se sia «vera garanzia quella offerta da un giudice costretto non soltanto a decidere senza la stereofonia del contraddittorio, ma ad ascoltare i soli strumenti che il pubblico ministero gli vuole far ascoltare»⁶⁹.

La «subalternità cognitiva»⁷⁰ del giudicante era, ed è tuttora, acuita dalla carenza di poteri istruttori. Ma se quest’ultima è, per così dire, una costante – l’organo è stabilmente «senza braccia», privo di poteri di iniziativa o di acquisizione probatoria – in altre parti del codice, per esempio in tema di proroga delle indagini o di archiviazione, egli calibra il proprio intervento avendo, per lo meno, contezza dell’intero fascicolo processuale; in ambito cautelare, invece, egli è altresì «senza occhi»⁷¹.

Condivisibilmente, è stato sottolineato che solo a patto di una «grossolana sgrammaticatura processuale»⁷² si sarebbe potuta tollerare una forma di «giurisdizione senza cognizione»⁷³, oltretutto in un settore – quello *de libertate* – istituzionalmente deputato a tutelare posizioni giuridiche ben più pregnanti di quelle da bilanciare in ambito, per esempio, di proroga delle indagini.

All’anomalia di un giudice che può allungare lo sguardo solo fin dove una parte lo consente – pur trattandosi di un processo a oggetto indisponibile e non di un puro «processo-contesa»⁷⁴ – la disciplina in tema di interrogatorio di garanzia aggiungeva un elemento di stortura. Si era, e si è a tutt’oggi, ben lontani dalla struttura triadica tipica del giusto processo di parti, perché – anche a prescindere dagli ostacoli che l’imputato ristretto può riscontrare, prima e dopo la cattura *manu militari*, nel godere delle condizioni necessarie per approntare la difesa – nel primo contatto con il giudice non trova, paradossalmente, riscontro il «diritto di difendersi provando»⁷⁵: anche laddove l’imputato indichi fonti di prova a discarico, il giudice non può né verificare se il pubblico ministero le abbia già acquisite, né acquisirle egli stesso. Ma è coerente quell’ordinamento che faccia compiaciuto sfoggio della piena giurisdizionalizzazione del potere cautelare mentre disconosce all’imputato ristretto il diritto di dimostrare che i relativi presupposti non sussistono?

⁶⁸ Si valorizzi uno spunto di NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., 30, secondo il quale, anche a imporre al pubblico ministero di allegare alla richiesta – per lo meno – gli elementi probatori “favorevoli” all’imputato, già emersi e raccolti in virtù dell’art. 358 c.p.p., si scontrerebbe la difficoltà di discernarli nel *mare magnum* del fascicolo. Per la soluzione adottata con la l. 332 del 1995, si veda *infra*. Ancora lo stesso A., *Commento all’art. 190*, in *Commento*, cit., p. 408 sottolineava che «per decenni i provvedimenti cautelari sono stati motivati da un organo che provvedeva alla stregua dell’intero fascicolo; ma quello di un’indebita, conseguente informazione difensiva era l’ultimo fra i problemi che affliggevano quei provvedimenti».

⁶⁹ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1258.

⁷⁰ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1261.

⁷¹ Celebre la metafora di NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., p. 31-32. TONINI, *Commento all’art. 22, in Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 316 parla di «organo sordo e cieco».

⁷² GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1259.

⁷³ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 483.

⁷⁴ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 943.

⁷⁵ La nota espressione è di VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3.

Nella fobia di un ritorno all'istruttore, si era edificato un giudice schiacciato dall'investigatore; eppure, «potere di conduzione; di acquisizione su domanda; di cognizione degli elementi già raccolti, son tre cose ben diverse»⁷⁶.

La carenza di (adeguata) cognizione e l'assenza di (ogni) potere istruttorio non consentivano alcun correttivo alla disparità tra l'inquirente e la persona sottoposta alle indagini, degradavano l'intervento del garante a una giurisdizionalità "di facciata". In dottrina si era sottolineato che laddove «chi sa non può decidere e chi deve decidere può non sapere» non è assurdo il rischio di una «deresponsabilizzazione del primo», indotto a chiedere più di quanto egli stesso non disporrebbe se avesse l'onere decisorio, e di una «sorta di fiducioso affidamento del secondo alle più consapevoli scelte del primo»⁷⁷.

A vulnerare vieppiù la pienezza giurisdizionale del giudice per le indagini preliminari concorrevano due fattori, per così dire, ordinamentali. Sin dai primi commenti, si era sottolineata l'esigenza di separare il ruolo del giudice da quello del pubblico ministero – se non proprio a livello di ordinamento giudiziario – quantomeno a livello logistico, evitando l'assegnazione delle nuove funzioni ai vecchi giudici istruttori. Inoltre, sulla base di una non perspicua direttiva della legge delega (n. 40), si è optato per concentrare le attribuzioni del medesimo procedimento sulla stessa persona fisica, piuttosto che sull'organo: ne è seguita l'immagine di un giudice "investito" dell'intero procedimento, contitolare dell'indagine, solidale con il collega il cui lavoro andava preservato, non già controllato.

All'operazione di annacquamento del ruolo del giudice per le indagini preliminari prendeva parte anche il legislatore che, con il d.l. n. 12 del 1991, novellava l'art. 291 c.p.p., introducendovi il co. 1-bis. L'innovativo limite decisorio, imposto insindacabilmente dal pubblico ministero, aveva l'effetto di vincolare il giudice a non disporre «misure meno gravi» di quelle indicate nella richiesta. L'indebolimento dell'intervento giurisdizionale era palese; idoneo soltanto a creare evidenti imbarazzi: evidentemente, il legislatore riponeva affidamento sul fatto che un giudice, così stretto nella giugulatoria alternativa tra non adottare alcuna delle misure necessarie e adottarne una eccessiva rispetto alle esigenze pur accertate, optasse per la seconda soluzione, ritenuta indispensabile dal collega inquirente.

L'art. 291, co. 1-bis c.p.p., pur giustificato – paradossalmente – con l'intento di evitare che, mediante la scelta della misura più adeguata, il giudice finisse per tornare a essere un istruttore, generava una profonda ferita ad un'intelaiatura garantista già di per sé asfittica, per non dire sofferente. Da esso traspariva la poco rassicurante idea che, nell'ambito delle indagini preliminari, le strategie dell'accusa dovessero sempre prevalere sulle istanze di tutela dell'individuo⁷⁸, mediante l'imposizione di vincoli alla libertà di giudizio dello stesso giudice cui pure è attribuito in via esclusiva il potere di restringere la libertà personale⁷⁹.

⁷⁶ NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., 31. Così, anche DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 242.

⁷⁷ Nitidamente, GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1258.

⁷⁸ Critica l'impiego del termine "strategia", in quanto demanderebbe un eccessivo margine di discrezionalità nel coltivare le indagini e nell'esercitare l'azione penale NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di Cagliari, 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 70. Eppure, di strategie investigative, da declinare in termini di "proficuità" – da lasciare alla "libertà valutazione" dell'investigatore iniziava a parlare la Corte Costituzionale, sent. 13 settembre 1995, n. 420, in *Giur. it.*, 1997, p. 207 s.

⁷⁹ Cfr. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p. 477. Questa lettura appare, invero, rafforzata dal sorprendente esito dell'incidente di costituzionalità avente ad oggetto il co. 1-bis. Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 4, in *Giur. cost.*, 1992, p. 20, con nota adesiva di CHIAVARIO, p. 38, dichiarava inammissibile la questione e lasciava trasparire, nel merito, il proprio convincimento con questa considerazione, a p. 33: «il rimettente erroneamente postul[a] un obbligo per il legislatore di delineare il *munus* del giudice alla stregua di un complesso

Dopo soli cinque anni di vigenza, il “nuovo” codice sembrava, in uno dei suoi tratti salienti, già irrimediabilmente compromesso. Oltretutto, le disarmonie rispetto agli originali intenti si erano fortemente aggravate per effetto del riassetarsi del baricentro del processo dal dibattimento alla fase delle indagini preliminari⁸⁰.

Il sistema coniato nel 1988 si reggeva su una palese, per quanto stravagante in un processo accusatorio, svista nell’interpretazione del concetto di parità delle armi tra accusa e difesa: una parte ricercava elementi di prova attraverso un’attività formalizzata, li documentava e li spendeva in funzione delle decisioni giurisdizionali da assumere prima e al di fuori del dibattimento; l’altra, se posta a conoscenza del procedimento in corso, era

di attribuzioni prive di qualsivoglia raccordo con il potere di impulso delle parti... Invece, vale l’esatto reciproco. Se, infatti, la domanda della parte privata costituisce espressione del diritto di agire e difendersi e se, ancora, la domanda del pubblico ministero si colloca nell’alveo dell’obbligatorio esercizio dell’azione penale, è evidente, allora, che la configurazione di un giudice “autosufficiente” e “monopolista” verrebbe a porsi in stridente antinomia rispetto a quei principi, specie se calati in un modello processuale che dichiaratamente mira ad esaltare il ruolo delle parti ed a preservare la terzietà del giudice».

Perfetto esempio di “estremismo accusatorio”, procedente per sillogismi, criticato da NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa*, cit., p. 362.

Anche interpreti non ostili all’innovazione, come CIANI, *Commento all’art. 291*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Primo aggiornamento, Torino, 1992, p. 154, segnalano invece la «peculiarità» di un potere discrezionale non autonomo, ma dipendente, nell’*an* e nel *quantum*, dalla volontà manifestata da una delle parti, per quanto pubblica. In generale, però, la dottrina maggioritaria è stata piuttosto critica nei confronti di questa interpolazione legislativa. Per tutti, GIOSTRA, *Commento all’art. 8*, in *Modifiche al codice*, cit., p. 129-130.

Tuttavia, autori nel complesso non sfavorevoli all’abrogazione del co. 1-*bis* avrebbero sottolineato, a commento della l. 332/1995, come essa avrebbe potuto «creare qualche non lieve problema alla strategia del pubblico ministero», *sub specie* di interesse a non scoprire le proprie carte se non in vista dell’applicazione di una certa misura cautelare, cfr. GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari*, cit., p. 17.

⁸⁰ Per via delle note sentenze 24, 254 e 255 del 1992 della Corte costituzionale, che dichiararono illegittime – per contrasto con il principio di ragionevolezza, declinato nel divieto di c.d. dispersione delle prove – alcune delle più qualificanti regole di esclusione probatoria forgiate dal codice del 1988 e del successivo d.l. 306/1992. Per dei commenti aspramente critici si rinvia a NOBILI, *L’accusatorio sulle labbra, l’inquisitorio nel cuore*, in *Crit. del dir.*, 1992, fasc. 4/5, p. 11 s. e, ID., *Time Danaos*, cit., p. 68 s.; ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. N. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973 s. e GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1130 s.

Quelle sentenze incidevano sul punto più delicato del nuovo sistema, quello caratterizzante la sua originaria natura. Autorevole dottrina ammoniva, già negli anni sessanta del secolo scorso, che un sistema improntato alla pura “inchiesta di parte”, come l’art. 326 c.p.p. lasciava superficialmente immaginare, non avrebbe potuto reggere, andando in frantumi, se per un istante si fosse pensato di utilizzare come prova la documentazione raccolta in quella fase; ciò sarebbe equivalso a far risorgere l’istruzione sommaria sotto mentite spoglie e, a quel punto, si sarebbe dovuto ritenere di gran lunga preferibile il ritorno del giudice istruttore, che se non altro fornisce garanzie di maggiore imparzialità. Poiché il primo pregio di un sistema è la coerenza, una pur lieve deviazione dalla strada maestra – *sub specie* di abolizione dei divieti probatori di utilizzare come prove le dichiarazioni raccolte unilateralmente durante le indagini – avrebbe fatto emergere una ambigua figura, il pubblico ministero-giudice: un’aberrazione inquisitoria in cui colui cui spetta sostenere l’accusa non può essere concepito, nella fase preliminare, come terzo disinteressato. Profetico CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, pp. 151-232.

A “saltare”, nel 1992, fu proprio l’intera impalcatura concettuale. I riflessi sistematici, a raggiera, furono notevoli: entrò in crisi l’incidente probatorio, per l’ovvia ragione che veniva meno l’esigenza di un intervento giurisdizionale nelle indagini per formare delle “prove” che il pubblico ministero già disponeva per via dell’ascolto unilaterale del testimone; perse di significato il regime del doppio fascicolo, perché gli atti destinati a quello del pubblico ministero godevano della possibilità di trasmigrare in quello del dibattimento dietro semplice utilizzo per le contestazioni; era svilito, infine, il senso stesso dell’accertamento dibattimentale, per il grave danno che a esso derivava dall’impiego di materiale probatorio formato unilateralmente a fini decisori. In termini non dissimili, FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 39 s. e, con lucida lungimiranza, NOBILI, *I rischi del nuovo modello processuale*, in *La nuova procedura penale*, cit., p. 349 s.

legittimata a svolgere informali ricerche, proceduralmente sterili e pienamente autoreferenziali. L'architave sul quale si scaricavano le tensioni di questo sbilanciamento era rappresentato dalla promessa che esso non si sarebbe tuttavia traslato alla fase decisiva della formazione della prova⁸¹. Crollata la diga, nel 1992, ciò che seguì non fu un mero correttivo al sistema, ma una sua mutazione genetica⁸².

È questo un aspetto cruciale per comprendere certe future linee evolutive del rito penale, in quanto – a fronte del ritorno alla «gigantesca istruzione sommaria»⁸³ – non ha retto proprio il ruolo del giudice per le indagini preliminari (e forse, sgretolandosi l'intero impianto, non avrebbe neppure potuto). Memori dell'ammonimento di autorevole dottrina circa il fatto che su quel giudice si sarebbe giocata la scommessa del nuovo processo penale, si dovrebbe concludere, a posteriori, che la scommessa sia stata perduta⁸⁴.

4. *L'approvazione della legge 8 agosto 1995, n. 332: un primo, non risolutivo passo verso l'implementazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari.*

Dinanzi alle carenze genetiche del sistema cautelare, precocemente evidenziate nei primi anni di applicazione del nuovo codice, si imponeva un riassetto globale della materia nel tentativo, innanzitutto, di contrastare «una realtà applicativa orientata all'impiego privilegiato se non esclusivo della custodia in carcere»⁸⁵. Due le strade da percorrere: da un lato, l'inevitabile riassetto degli equilibri tra le parti e tra queste e il giudice; dall'altro, la conformazione di un modello procedimentale che attribuisse sostanziali garanzie difensive all'imputato ristretto. Inevitabili i punti di intersezione, perché «quando una parte è costretta a tacere, il giudice è meno giudice»⁸⁶.

Unanime era il convincimento circa la necessità di un «marcato rafforzamento della giurisdizione *de libertate*»⁸⁷ e in dottrina vi erano varie proposte: per una prima tesi, il solco avrebbe dovuto essere di tipo territoriale⁸⁸ ovvero funzionale⁸⁹; un'altra opzione, sulla scia di una nota pronuncia della Corte di cassazione nella composizione più autorevole, prospettava un cauto riconoscimento di poteri officiosi al giudice per le indagini preliminari, onde permettergli l'acquisizione del materiale probatorio necessario, anche su richiesta di parte⁹⁰;

⁸¹ Cfr. GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 183.

⁸² Secondo taluni, tuttora in atto e ormai irreversibile, cfr. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 3, 2019, p. 1 s.

⁸³ PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 282; in termini, anche ZAPPALÀ, *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 890.

⁸⁴ SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 86, il quale però corregge il tiro: «è più corretto affermare che non è stato il G.i.p. a “non tenere”, ma che non ha tenuto il sistema, che non ha tenuto l'impianto del nuovo codice». Il che, a ripensare al decennio 1989-1999, è senz'altro più corretto.

⁸⁵ PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari: le cautele come forma di anticipazione della pena*, in *Le fragili garanzie della libertà personale*, cit., p. 43.

⁸⁶ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1260.

⁸⁷ GIOSTRA, *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 305.

⁸⁸ AMODIO, *Le misure coercitive*, cit., p. 21 prospettava un G.i.p. avente sede presso le corti d'appello.

⁸⁹ GREVI, *Punti fermi e proposte azzardate in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Atti del convegno dei Lincei di Roma, 30 giugno-2 luglio 1993, Milano, 1994, p. 472, proponeva di introdurre anche elementi di accentuata separazione tra le due funzioni, *sub specie* di maggiori ostacoli e rigidità circa le possibilità di passaggio interno tra le stesse.

⁹⁰ Cfr. FERRUA, *I poteri probatori del giudice del dibattimento: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065 s., a commento di Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Foro it.*, 1993, II, p. 65 s. Questa tesi, di sicuro interesse, è stata poi ripresa da DI CHIARA, *Linee di sistema*, cit., p. 257-259 ma, affinché i poteri istruttori non debordino in patologica

infine, secondo una direttrice di sicura innovazione, si dibatteva circa l'idea di un contraddittorio anticipato rispetto all'emissione del titolo cautelare⁹¹.

Nel tentativo di riportare a sistema questa congerie di spunti critici, il legislatore approvava la legge 8 agosto 1995, n. 332, all'esito di una travagliata gestazione parlamentare. La novella, che avrebbe rappresentato – per i successivi venti anni – l'unico intervento di ampio respiro e di segno marcatamente garantista in materia, interveniva su gangli vitali della fase investigativa di cui è opportuno tenere conto in una prospettiva globale.

A giudizio della dottrina più autorevole, però, il difetto principale della riforma, volendo sorvolare su una tecnica normativa a tratti più che discutibile, consisteva nel reiterato vezzo di legiferare “a folate”, con novelle di incidenza settoriale, fondate su motivazioni palesemente contingenti, con il risultato di acuire il senso di instabilità generale dell'ordinamento⁹².

A fianco di disposizioni dirette, senza dubbio, a rafforzare la figura del giudice, ve ne sono altre ispirate da una logica inaccettabile, sebbene forse storicamente comprensibile, di sospetto (aprioristico) nei confronti della magistratura, soprattutto inquirente⁹³. Il risultato, dunque, è una normativa che «senza compiere grandi passi avanti verso il rafforzamento della posizione del giudice, né verso l'ampliamento delle garanzie difensive»⁹⁴, incide talvolta in chiave restrittiva sull'attività investigativa, con il risultato – sovente – di appesantire gli adempimenti burocratici, senza parimenti elevare significativamente il livello delle garanzie⁹⁵.

Coerenti esempi di questa tendenza sono i rinnovati artt. 274, co. 1, lett. *a* – “norma bandiera” per eccellenza – e 292, co. 2, lett. *c* e *c-bis* e co. 2-ter c.p.p. Il primo, nel vietare al giudice della cautela di individuare le «situazioni di concreto e attuale pericolo» probatorio

prevaricazione di un giudice totalizzante e supplente, due condizioni s'impongono: anzitutto, che sia accordata priorità alle parti e alle loro richieste, *ex art.* 190 c.p.p.; inoltre, che sia assicurato il contraddittorio sulle prove eccezionalmente introdotte *a parte iudicis*.

In fondo, questa linea di pensiero è rinvenibile anche in CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 941-943, secondo cui norme quali l'art. 507 c.p.p. sono coerenti col nostro sistema costituzionale, in quanto «il giudice non diventa meno neutrale perché abbia assunto la prova utile; né sarebbe giusto chiudere la partita lì, *absolvendo reum, actore non probante*... Nessuno vuole dei colpevoli presunti; finché esistono dubbi, l'imputato sarà assolto, ma non pretenda d'essere giudicato su materiali incompleti». Trasportando quest'ottica nel procedimento cautelare, ove la terzietà si colora di funzionalità garantista, come fattore di riequilibrio di dinamiche a contraddittorio mancante o insufficiente – per spunti in tal senso, si v. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia*, cit., p. 37 s. e CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., p. 251 – sarebbe la qualità stessa dei poteri d'integrazione officiosa a mutare, ponendosi quale necessario elemento per sopperire alla afonia della parte debole.

⁹¹ L'idea, benché più volte riaffiorata in dottrina, è sempre stata rigettata dalla Corte costituzionale con orientamento costante – si v., per tutte, Corte cost., 8 giugno 1994, n. 219, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1820. Si rinvia a AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, Napoli, 1997 e, più di recente, a GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 215 s. e, per una posizione critica, espressa più di recente, AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 31 il quale parla di riforma “di facciata”.

⁹² GREVI, *Più ombre che luci*, in *Misure cautelari*, cit., p. 3; CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una “novella” dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, p. 565 s.; NOBILI, *Delusioni del nuovo garantismo*, in *Scenari*, cit., p. 114 s.

⁹³ Paradigmatico esempio, la «lambiccatissima previsione» (CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 531) in tema di c.d. contestazioni a catena *ex art.* 297, co. 3 c.p.p.

⁹⁴ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 66.

⁹⁵ Coltivando uno spunto di GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, p. 182, non si deve dimenticare una regola di ingegneria processuale, secondo cui quando si interviene settorialmente per rafforzare unilateralmente le prerogative di una sola parte si corre il rischio di squilibrare l'intero ordinamento, mettendo in moto un più complesso meccanismo di assestamento compensativo il cui esito, spesso, rischia di essere non soltanto imprevedibile, ma addirittura peggiorativo rispetto al punto di partenza.

nel «rifiuto» dell'imputato di rendere dichiarazioni o nella mancata ammissione degli addebiti» si riduce a disposizione ridondante, inutile e forse perfino dannosa – secondo i canoni interpretativi dell'*ubi lex voluit, dixit* – non essendo seriamente pensabile che l'ordinamento, prima di questo innesto, legittimasse la custodia cautelare a fini confessori, in spregio del *nemo tenetur se detegere*⁹⁶. E se la proclamazione ufficiale che dissocia la coercizione cautelare dall'acquisire l'interrogatorio con la finalità di spremere dichiarazioni potenzialmente *contra se* o *alios* è apparsa al legislatore persino doverosa, tuttavia essa «suona come i pugni battuti sul tavolo... perché prassi devianti corrono su altri piani e solo larvatamente filtrano nell'«ufficialità di richieste, ordinanze, riesami»⁹⁷.

Oltretutto, norme pedagogiche o comportamentali si espongono alla critica per cui, irrigidendo i presupposti applicativi delle misure cautelari contro il pericolo di straripamenti pretori, è illusorio pensare che basti cambiare una disposizione per correggere prassi devianti, specie se radicate in atteggiamenti culturali diffusi e aventi radici in fattori molto più complessi e sfuggenti⁹⁸; non esiste cioè tipizzazione in grado di imbrigliare definitivamente l'inevitabile elasticità valutativa del giudice, né sono auspicabili automatismi in una materia ove è fondamentale l'analisi puntigliosa delle infinite variabili del caso concreto⁹⁹.

Lo stesso difetto genetico si rinviene nel novellato art. 292 c.p.p., in merito ai contenuti dell'ordinanza di applicazione della misura. Tra comminatorie di nullità, talvolta rilevabili d'ufficio e talaltra no, specificazione di oneri descrittivi superflui (lett. *c-bis*), se non

⁹⁶ Così GREVI, *Diritto al silenzio*, cit., p. 531 s. Per commenti critici più approfonditi, si rinvia a ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, cit., p. 80-82 e, dello stesso A., *Commento all'art. 3*, in *Modifiche al codice*, cit., p. 64 s.

⁹⁷ NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 73. L'A. osserva altresì che se il legislatore fosse andato a fondo del problema, incaricandosi di scavare e portare alla luce le reali cause che spingono il sistema a sfumare nei toni dell'intimidazione, prevenzione, repressione ed esemplarità, avrebbe rinvenuto fenomeni di portata ben più ampia, ovvero la crisi della sanzione penale e della sua effettività. In termini, quasi contemporaneamente, GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

⁹⁸ PISAPIA, *Introduzione*, in *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno di Catania-Noto Marina, 30 settembre – 2 ottobre, 1993, Milano, 1995, cit., p. 3.

⁹⁹ Per uno spunto utile, v. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., p. 58-59, secondo cui negare qualsiasi rilievo alla collaborazione dell'imputato ristretto sarebbe paradossale e irragionevolmente pregiudizievole per lo stesso propalante. Sulla stessa lunghezza d'onda, CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di «collaborazione» dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1161 s. e UBERTIS, «Nemo tenetur se detegere» e dialettica processuale, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 97 s.; *contra*, NOBILI, *Qualche riflessione sul 1994*, in *Scenari*, cit., p. 108.

In dottrina si è sottolineato che la pretesa di intervenire con una legge settoriale per risolvere problemi attinenti all'assetto globale del processo penale si sarebbe scontrata con una considerazione persino banale: l'abuso della carcerazione trovava un forte stimolo – anche, benché non solo – nell'eccessiva valorizzazione probatoria degli atti di indagine a seguito della «restaurazione» inquisitoria del 1992. Così, PEPINO, *Vecchi e nuovi problemi della custodia cautelare*, in *Quest. giust.*, 1994, p. 680 e FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, cit., p. 54. La prognosi di colpevolezza sottesa all'art. 273 c.p.p. risulta, invero, tanto più rafforzata quanto maggiore è la coincidenza tra fonti di prova di cui si serve il G.i.p. al fine di emettere la misura cautelare e prove – in senso tecnico – impiegate dal giudice del dibattimento per pronunciare sentenza. Laddove ai primi fosse fisiologicamente preclusa la possibilità di concorrere al convincimento dibattimentale, ecco che scemerebbe la tendenza del pubblico ministero a divenire onnivoro accumulatore di dichiarazioni unilateralmente rese.

In effetti, la critica – pur autorevolmente sostenuta – coglie un aspetto vero, ma parziale. Ciò si può evincere, tra l'altro, dal fatto che, dopo la modifica nel 1999 dell'art. 111 Cost., l'attuazione del c.d. «giusto processo» nel 2001 e la riedizione della barriera tra fase preliminare e dibattimento, l'impiego dello strumento cautelare per fini impropri – e in termini quantitativi eccessivi – non è cessato. Per tutti, si v. AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 1 s.

fuorvianti (lett. c)¹⁰⁰, rispetto alla struttura essenziale disegnata in origine, si perpetuava il vizio già riscontrato nella disposizione dianzi citata: nell'intento di rendere più stringente l'obbligo motivazionale e ridurre gli spazi discrezionali, il legislatore dimostra di «credere che il tasso garantistico di una determinata disposizione sia in proporzione diretta con il numero e la gravità delle nullità previste, con il tipo e la ridondanza dell'aggettivazione, con la reiterazione ossessiva delle prescrizioni»¹⁰¹.

Lo scopo di sterilizzare l'impiego abnorme della custodia *ad eruendam veritatem*, in una prospettiva volta altresì a incrementare il tasso di effettività del diritto di difesa dell'imputato ristretto, è stato perseguito dal legislatore del 1995 agendo coerentemente su più fronti. Le norme che più interessano sono quelle che, direttamente o meno, puntano ad un irrobustimento della posizione del giudice della cautela. La novella si fa dunque carico delle critiche che avevano investito il garante giurisdizionale, ma declina l'intento in maniera ambivalente. L'asimmetria – vizio che, in realtà, perdurerà sino ai più recenti interventi in materia – è ravvisabile laddove, da un lato, essa mira a rinvigorire gli asfittici ambiti cognitivi del giudice ma, dall'altro, disegna una cornice diretta a restringere i margini discrezionali entro cui quei nuovi poteri devono esplicarsi¹⁰².

Come auspicato in dottrina¹⁰³, il legislatore è intervenuto sul procedimento applicativo della misura, a partire dalla richiesta dell'attore istituzionale, con ciò ribadendone il carattere necessario (tali si intendono gli atti introduttivi in assenza quali al giudice è precluso di attivarsi, in armonia con il canone *ne procedat iudex ex officio*¹⁰⁴). La riformulazione dell'art. 291 c.p.p. perseguiva due scopi. Da un lato, ricomporre la frattura scomposta dovuta alla «sineddoche probatoria» di cui all'originario comma 1 – in forza della quale il pubblico ministero avrebbe potuto prospettare al garante la parte per il tutto – ampliando la piattaforma probatoria sulla quale il decidente sarebbe stato chiamato a pronunciare; dall'altro, cancellare l'inedito vincolo decisorio introdotto nel comma 1-bis¹⁰⁵.

Il rafforzamento cognitivo è stato realizzato imponendo al pubblico ministero l'allegazione, a corredo della domanda, oltreché degli elementi su cui essa si fonda altresì degli elementi a favore dell'imputato e delle deduzioni e memorie difensive eventualmente già depositate.

Questo articolo assume, nell'ottica che qui indaghiamo dei rapporti – squilibrati – tra inquirente e giudicante, un rilievo speciale; crocevia di molteplici questioni. È infatti l'unico che persegue direttamente un autentico irrobustimento del giudice, ma la traduzione normativa del pur lodevole intento è deficitaria.

¹⁰⁰ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 17-18. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 515, parla di «testo verbosamente engagé».

¹⁰¹ Illuminante GIOSTRA, *Commento all'art. 9, in Modifiche al codice*, cit., p. 132 al quale si rinvia per l'analisi più approfondita delle novità sul tema. Con il rischio, per di più, che l'omesso esplicito riferimento alla irrilevanza di una di tali deduzioni, in ipotesi palesemente pretestuosa o non conferente, possa travolgere in chiave di nullità un'ordinanza per il resto sorretta da un robusto apparato motivazione sotto il profilo dei presupposti positivi della misura, così GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 18.

¹⁰² D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995, n. 332*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1184, al quale si rinvia per le considerazioni in merito ai riformati artt. 274, 276 e, soprattutto, 275, co. 3 c.p.p. Per considerazioni analoghe, riferite però alla legge 16 aprile 2015, n. 47, si v. GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 185-186, che parla di un giudice «destinatario di una tutela che lo deprime».

¹⁰³ GIOSTRA, *Per una migliore disciplina*, cit., p. 305.

¹⁰⁴ VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2ª ed., Bologna, 2012, p. 11 s.

¹⁰⁵ Che questa fosse una «norma sbagliata» (CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 2012, p. 515) lo abbiamo già sostenuto *supra*, a cui si rinvia.

Il legislatore ridetermina il potere selettivo dell'investigatore, confermando la possibilità di non inoltrare gli elementi a carico non necessari per giustificare la misura, mentre impone di allegare tutti quelli favorevoli all'imputato¹⁰⁶. Tuttavia, se l'autentica garanzia in materia di libertà personale è rappresentata da una «completa conoscenza da parte del giudice degli atti di indagine del pubblico ministero, nonché degli atti e delle ragioni della difesa»¹⁰⁷, appare chiara la soluzione compromissoria adottata: il pubblico ministero trasmette quasi tutto, mantenendo però un residuo spazio discrezionale per coltivare in autonomia la strategia investigativa al riparo da indebite e totalizzanti *discovery* anticipate¹⁰⁸.

Anche a prescindere da una non impeccabile formulazione tecnica – la disposizione è infatti affetta da carenza di precisione terminologica, pur superabile adottando un'interpretazione teleologicamente orientata a estendere il più possibile il ventaglio di conoscenze da far pervenire al giudice, tale da includere ogni atto della difesa a contenuto illustrativo, argomentativo, petitivo o deduttivo¹⁰⁹ – la norma è nata affetta da zoppia, poiché vaghi restavano (e restano) i parametri selettivi dell'obbligo a cui il pubblico ministero era chiamato ad adempiere.

Per non frustrare la *ratio* alla base dell'intervento – far sentire al giudice, in via obliqua, la voce dell'altra parte “*prima*” dell'assunzione della decisione, ponendosi così le premesse per un contraddittorio cartolare, ma pur sempre eventuale – gli «elementi a favore» non sarebbero soltanto quelli a discarico in senso proprio, bensì anche quelli che potrebbero indurre il giudice a non disporre alcuna misura o a disporre una meno grave¹¹⁰. Ciò permetterebbe, in effetti, una conoscenza estesa a ogni elemento rilevante in ordine allo *status libertatis*. Tuttavia, il compito spettante all'inquirente è tutto fuorché di facile esecuzione. Egli normalmente riscontra, o può riscontrare, notevoli ambiguità nel discernere cosa sia a favore e cosa, più semplicemente, neutro nell'ottica di controparte, soprattutto nelle battute iniziali dell'investigazione, connotate da notevole fluidità e dall'assenza di qualsivoglia “imputazione preliminare” rispetto alla quale parametrare la pertinenza degli elementi di prova raccolti o da raccogliere.

Un peso in linea teorica maggiore dovrebbero, invece, assumere le «deduzioni e memorie difensive» presentate dall'indagato direttamente al giudice, secondo le nuove cadenze dettate dall'art. 38, co. 2-*bis* att. c.p.p.¹¹¹, ancorché tematicamente estranee all'ambito cautelare.

¹⁰⁶ Critici, D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1185 e RIVIEZZO, *Commento alla legge 8 agosto 1995 n° 332*, Milano, 1995, p. 81 s.

¹⁰⁷ GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 121.

¹⁰⁸ I commentatori più sensibili alle esigenze investigative sollevarono dubbi circa il ridimensionamento del ruolo dell'investigatore. Per tale via, infatti, si sarebbe indotta una completa *discovery* di tutto il fascicolo d'indagine, trasmesso nella sua interezza onde evitare la «valutazione difficile, specie nella prima fase delle indagini e nei procedimenti di massa» circa cosa sia “elemento” a favore o meno; ovvero, all'opposto, pavantando che si sarebbe radicata la tendenza a ritardare la richiesta di misure verso la fine delle indagini, al fine di non comprometterne la segretezza, così D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1185. Più cauto GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 15 il quale richiamava il pubblico ministero a esercitare, con maggiore «responsabilità» e secondo un «rigoroso criterio di funzionalità alla prospettiva cautelare», il nuovo compito attribuitogli.

¹⁰⁹ GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 122 s. ricostruisce per via interpretativa il significato di «elementi», «deduzioni e memorie» nell'ottica di offrire al giudice una visione “binoculare”, nel senso di ritenerla «un'infelice endiadi», p. 126; cerca di distinguere, invece, ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, cit., p. 99, nt. 75, il quale propone di discernere tra l'attività *latu sensu* di iniziativa probatoria (deduzioni) e quella *strictu sensu* argomentativa (memorie) per riconoscere, comunque, la sovrapposizione dei due concetti e l'assenza di conseguenze al riguardo.

¹¹⁰ GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 126.

¹¹¹ ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, cit., p. 97.

Per concludere sulla struttura della domanda, va evidenziato che, in una prospettiva forse anche più allarmante di quella sinora esposta, il giudice non è posto in condizione, nel momento decisivo, di verificare se l'obbligo di produzione sia stato adempiuto né, se del caso, di imporre al pubblico ministero integrazioni di sorta¹¹². Nata con l'intento di ridurre la dipendenza del giudice dall'attore, la norma manca dunque il bersaglio; la buona riuscita del meccanismo dipende ancora dallo scrupolo del soggetto il cui comportamento essa mirava a disciplinare¹¹³.

Stona inoltre l'assenza di qualsivoglia sanzione, per i casi di inosservanza del precetto. Originariamente, durante i lavori parlamentari, era stata prevista una nullità «assoluta» dell'ordinanza applicativa nei casi in cui la richiesta non contemplasse la trasmissione degli elementi a favore; ipotesi successivamente soppressa, la funzione è stata avocata dal nuovo art. 292, co. 2-ter c.p.p. E se da un lato destava stupore la nullità di un atto del giudice per una svista dell'attore¹¹⁴, dall'altro, è però «ancor più insoddisfacente» la soluzione adottata¹¹⁵ per la semplice considerazione che la pur più analitica motivazione presuppone, logicamente, la trasmissione degli elementi che si sarebbero dovuti valutare.

Da ciò si evince che il primo momento utile, seppure potenzialmente ancora non sufficiente¹¹⁶, nel quale il giudice potrebbe avere contezza dell'insufficiente sostrato probatorio fornitogli dal pubblico ministero è l'interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.*, dietro eccezione formulata dall'imputato che abbia depositato deduzioni e memorie.

Qui però la riforma ha inciso notevolmente sulle precondizioni per l'esercizio della difesa, imboccando una strada che sarebbe stata oltremodo coltivata nei due decenni successivi. Condotta al cospetto del giudice per l'interrogatorio, l'imputato vi perveniva spesso all'oscuro degli elementi a suo carico, la sua conoscenza essendo limitata a quanto traspariva dalla lettura dall'ordinanza, consegnatagli in copia al momento della cattura. Inoltre, la presenza del difensore, pur facoltativa, si riduceva spesso ad un presidio formale: egli non godeva del diritto di prendere visione e di estrarre copia degli atti trasmessi *ex art. 291, co. 1 c.p.p.*, oltre a patire l'eventuale differimento del colloquio con il proprio assistito *ex art. 104 c.p.p.*

Rimodulate sia la domanda che l'ordinanza applicativa, il legislatore interveniva altresì sull'art. 293 c.p.p., la cui modifica, «ancorché rimasta piuttosto nell'ombra»¹¹⁷, assumeva una valenza cospicua poiché diretta ad anticipare le garanzie difensive dell'imputato non

¹¹² Figlia di un compromesso al ribasso, la norma scontenta sia chi avrebbe gradito una presa di posizione più audace nel senso di un vero rafforzamento del G.i.p. – come NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 61 s.; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, cit., p. 100 e GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 121 – sia, all'opposto, chi vi scorge sospetto e diffidenza nei confronti del pubblico ministero, facendoli apparire così attaccati a «teoremi accusatori» da essere disposti a depositare solo una parte dei atti, occultandone altri. Cfr., il già più volte citato D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1185 e CASELLI-INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332 sui procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata*, in *Misure cautelari*, cit., p. 373-374.

¹¹³ ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, cit., p. 97. Oltretutto, in quest'ottica si comprende la critica in termini di «ovvietà» della soluzione. Cfr. GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 15, sul presupposto che il pubblico ministero, per il suo ruolo istituzionale informato a imparzialità (art. 358 c.p.p.), fosse già obbligato a non occultare alcun elemento rilevante alla cognizione del giudice della cautela.

¹¹⁴ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 15-16; *contra*, NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 75.

¹¹⁵ GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 128.

¹¹⁶ Insufficiente perché ove il *gap* conoscitivo sia dovuto ad un'errata selezione degli elementi a favore, pur in assenza di atti depositati dall'imputato, di questa discrepanza l'imputato si avvedrebbe soltanto con la *discovery* totale del fascicolo investigativo (oggi, grazie all'art. 415-bis c.p.p.).

¹¹⁷ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 19.

solo a un momento antecedente la procedura di riesame¹¹⁸, ma anche, «prima ancora, in ogni momento successivo al deposito... nel quale il difensore avrà modo di esplicitare la sua attività a favore dell'imputato con ben altra consapevolezza, rispetto al passato, circa gli elementi su cui impostare le proprie strategie»¹¹⁹. È stato previsto, infatti, che l'ordinanza debba essere depositata «insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa», così aprendosi una notevole “breccia” nella cortina di segretezza che avvolgeva la piattaforma indiziaria adottata dall'investigatore a corredo della domanda cautelare¹²⁰.

In realtà, la terminologia adoperata negli artt. 291, co. 1 e 293 c.p.p. non coincide; tuttavia, soltanto un'interpretazione formalistica potrebbe pervenire alla stravagante conclusione che l'obbligo di deposito abbia un oggetto meno esteso di quello trasmissivo¹²¹. La bontà di un simile assunto è convalidata dal riformulato art. 309, co. 5 c.p.p. che impone all'autorità procedente – durante le indagini preliminari, il pubblico ministero – di trasmettere al tribunale della libertà gli «atti presentati a norma dell'art. 291, co. 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore» della persona indagata, così sancendo l'equivalenza legislativa tra gli uni e gli altri.

Si coglie dunque la concatenazione logica, prima ancora che giuridica, delle novità esposte. Gli atti posti a corredo della richiesta, ampliati nei termini visti, diventavano ostensibili alla difesa in funzione dell'interrogatorio di garanzia, così da permettere all'imputato di riequilibrare, incidendo sul *quantum* di conoscenze a sua disposizione, la fisiologica posizione di debolezza intrinseca al procedimento cautelare¹²².

¹¹⁸ Originariamente, infatti, la difesa era costretta, per conoscere gli elementi su cui si fondava la misura, a richiedere il riesame in via puramente strumentale in modo da poter consultare, presso la cancelleria del tribunale, la documentazione trasmessa dall'autorità procedente.

¹¹⁹ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 21.

¹²⁰ L'art. 293 c.p.p. sarà oggetto di un'estensione non indifferente, in chiave garantista. La Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza 24 giugno 1997, n. 192, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1876, con nota di DI CHIARA, *Deposito degli atti e «diritto alla copia»: prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, dichiarava l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non prevedeva la facoltà del difensore di estrarre copia e dell'ordinanza applicativa e della relativa richiesta, corredata dagli atti presentati con la stessa. La “breccia”, dunque, si ampliava, tendendo verso un più generalizzato accesso agli atti, prodromo necessario per imbastire una difesa effettiva in funzione del successivo contraddittorio davanti al giudice.

Un decennio più tardi, la Corte realizzava l'ulteriore progresso: Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3753, con nota di ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, dichiarava incostituzionale l'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, dopo l'esecuzione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, il difensore potesse ottenere la trasposizione magnetica delle registrazioni di conversazioni intercettate, ove utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate.

Sviluppando questa linea interpretativa – per potere contraddire in condizioni di parità è necessario che le parti dispongano di ambiti cognitivi eguali – la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che «l'omesso deposito» degli atti di cui si tratta «compromette ingiustificatamente il debito esplicitarsi del diritto di difesa e pertanto determina la nullità dell'interrogatorio dell'indagato... ai sensi degli artt. 178, co. 1, lett. c, 180 e 182 c.p.p.» con la conseguente caducazione della misura. Così, Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in *C.E.D. Cass.* n. 231349, con nota di GIULIANI, *Nullità dell'interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293, comma 3 c.p.p.: le sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*. L'opera di espansione delle garanzie difensive dell'imputato ristretto non era ancora conclusa. Con analoghe motivazioni, Cass., sez. un., 30 settembre 2011, G., in *Cass. pen.*, 2011, p. 890 s., riconosceva il medesimo diritto al difensore chiamato a presenziare all'udienza di convalida del fermo o dell'arresto.

¹²¹ GIOSTRA, *Commento all'art. 10*, in *Modifiche al codice*, cit., p. 142.

¹²² Eppure, anche riguardo a questa linea evolutiva percorsa dal riformatore, in dottrina si è dubitato non certo del diritto del difensore di disporre delle condizioni necessarie ad impostare un'efficace difesa, bensì degli “effetti indotti” da una indiscriminata espansione delle conoscenze dei dati investigativi sulle strategie dell'accusa, aumentando i pericoli di inquinamento probatorio. Così, D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1189.

Molteplici innovazioni subiva, infatti, anche questo istituto che, nel frattempo, stava acquisendo un ruolo viepiù centrale nel procedimento *de libertate* a seguito della pronuncia 219/1994 della Corte costituzionale. Circa l'interrogatorio di garanzia condotto dal giudice, quale argine alla strumentalizzazione della custodia cautelare a fini confessori¹²³, rilevava la sua postergazione rispetto a quello investigativo del pubblico ministero. Il novellato art. 294, co. 6 c.p.p. prescrive, ora, il ribaltamento di quest'ordine cronologico, disponendo il divieto di precedenza del secondo rispetto al primo (sino a quel momento sempre possibile, purché non fosse di ostacolo a quello del giudice)¹²⁴.

Tutt'altro che «difficilmente spiegabile»¹²⁵, l'opzione legislativa – rinnegando la scelta conosciuta nel 1988 – era volta a impedire che l'inquirente potesse “giocare d'anticipo” rispetto al garante giurisdizionale e, beneficiando della prostrazione psico-fisica dell'imputato indotta dallo stato detentivo, avvicinarlo a scopi confessori o collaborativi.

A dispetto di quanti vi hanno letto un intento punitivo nei confronti del pubblico ministero¹²⁶, molti sono i pregi della scelta effettuata. L'originario co. 6 aggiungeva ai già mal calibrati rapporti tra accusa e difesa un elemento di ulteriore stortura. Le vicende giudiziarie dei primi anni di vita del codice non si erano, poi, certo incaricate di smentire le più nere previsioni per cui la precedenza accordata all'interrogatorio investigativo finiva per determinare un esautoramento dell'istituzionale ruolo di garanzia e controllo affidato al giudice¹²⁷ e, anzi, alimentavano il sospetto di una diffusa, ma indicibile preoccupazione che lo «spazio garantistico» dell'intervento di un giudice potesse «guastare gli indirizzi e le finalità inquirenti dell'interrogatorio del pubblico ministero»¹²⁸.

La prassi mostrava, infatti, uno scadimento qualitativo dell'interrogatorio del giudice ove postergato, ridotto a inutile “doppione” di quello già svolto dall'inquirente ed esposto a condizionamenti, se non altro a livello psicologico, per via dell'assenza di adeguata cognizione del quadro d'indagine.

Di qui la scelta di rovesciare i rapporti, almeno a livello cronologico, tra i due adempimenti e imporre al giudice di sentire l'imputato ristretto non soltanto tempestivamente, ma anche immediatamente (senza mediazione di contatti con terzi)¹²⁹. Si noti, e la previsione conferma la *ratio* volta a limitare gli impieghi distorsivi della custodia cautelare in carcere, che l'ambito applicativo della garanzia concerne esclusivamente il destinatario di una misura di tipo custodiale¹³⁰.

¹²³ Non è possibile, in questa sede, rendere conto compiutamente della riformulazione dell'art. 294 c.p.p. Si rinvia, dunque, a KOSTORIS, *Commento all'art. 11, in Modifiche al codice*, cit., p. 145 s.; D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, p. 1189 s. e, più in generale, a GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, cit., p. 780 s.

¹²⁴ A ciò si aggiunga l'innovativa procedura di documentazione, tramite video registrazione integrale, di ogni interrogatorio di persona che si trovi, a qualunque titolo, in stato di detenzione (art. 141-bis c.p.p.). Si rinvia a KOSTORIS, *Commento all'art. 2, in Modifiche al codice*, cit., p. 53 s.

¹²⁵ Così, invece, GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 25.

¹²⁶ GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 26; dello stesso A., “*Tagliate le unghie*” ai pubblici ministeri, in *Corriere della Sera*, 6 agosto 1995; D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1190 e CASELLI-INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332*, cit., p. 370.

¹²⁷ AMODIO, *Le misure coercitive*, cit., p. 20.

¹²⁸ NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 82 e 197.

¹²⁹ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 119.

¹³⁰ Si è sostenuto che il tentativo di contenere il gigantismo inquisitorio del pubblico ministero, tuttavia, presentasse un costo eccessivo in termini di potenziali danni per il proficuo sviluppo delle indagini derivanti dall'inevitabile ritardo dell'interrogatorio investigativo; donde, per riequilibrare una «scelta di valori... le cui ragioni sono solo parzialmente condivisibili» (così, D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, cit., p. 1191), il nuovo comma 1-ter in forza del quale, su istanza insindacabile e immotivata dell'inquirente formulata nella stessa richiesta cautelare, l'interrogatorio dell'imputato dinanzi al giudice debba avvenire entro il termine di quarantotto

Al di là delle critiche e dei timori per i risvolti negativi sulla conduzione delle indagini – espressive, forse, di un latente *habitus* inquisitorio che fatica a tollerare l'apposizione di eccessivi freni all'incedere investigativo e che non rinuncia a voler acquisire il contributo "testimoniale" dell'accusato¹³¹ – la scelta normativa, anche per un difetto di coordinamento, appariva forse non risolutiva e inidonea a scongiurare ogni rischio. Infatti, l'inquirente rimaneva libero, come tuttora, di utilizzare altri strumenti dagli effetti sostanzialmente analoghi, in funzione elusiva del divieto in esame; tra questi, l'interrogatorio dell'imputato fermato, *ex art. 388 c.p.p.*¹³², il colloquio investigativo *ex art. 18-bis ord. penit. o*, infine, l'accompagnamento coattivo *ex art. 376 c.p.p.*¹³³.

5. *Persistenti ritrosie, malintesi e un «pubblico ministero – quasi giudice».*

In una materia dove *tout se tient*, in cui l'ambito cognitivo di un giudice privo di iniziativa istruttoria dipende esclusivamente dal contributo offertogli delle parti, le risposte fornite dalla l. 332/1995 non riescono a cogliere nel segno. Evidenti i limiti riguardo a tematiche che, pur non costituendo l'oggetto immediato della presente indagine, si pongono rispetto a essa in rapporto di necessaria presupposizione: l'esercizio del diritto di difesa (anche in ambito cautelare), mediante l'instaurazione di un effettivo contraddittorio davanti al giudice, postula infatti che le parti godano di talune condizioni di contesto e preparatorie.

Perché la loro posizione sia effettivamente paritaria (o il più possibile tale) è necessario che l'uno conosca «l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti dell'altro»¹³⁴. Se è innegabile che, in sede di interrogatorio di garanzia, la difesa può dirsi al corrente degli «argomenti» spesi dal pubblico ministero, è altresì incontestabile il rischio che si presenti a quell'appuntamento del tutto sforata di "armi" appropriate alla funzione¹³⁵. Una strategia difensiva che volesse andare oltre la mera, sterile negazione dei presupposti riscontrati nell'ordinanza cautelare dovrebbe poter allegare elementi di conoscenza reputati utili, previamente ricercati. In breve, dovrebbe potere difendersi ricercando e provando.

ore, scongiurandosi però, in caso di ritardo, la caducazione della misura; cfr. GREVI, *Più ombre che luci*, cit., p. 26.

¹³¹ Cfr. GIARDA, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980. Così anche CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 28, secondo cui «ha radici fuori del tempo la cultura inquisitoria, nello spazio psichico profondo».

¹³² Sui rischi di un uso distorto dell'istituto del fermo, si v. CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 427 s.

¹³³ Critico, a tale ultimo proposito, NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 76, secondo cui l'art. 376 c.p.p., se da un lato trasferisce il relativo potere al giudice sottraendo al pubblico ministero un'arma obiettivamente dal sapore intimidatorio, dall'altro, altererebbe la funzione autodifensiva dell'interrogatorio, a tutto favore della ricerca della verità anche con l'impiego di mezzi coercitivi sulla persona indiziata. Critico sull'utilizzo dell'interrogatorio investigativo quale possibile grimaldello per aprire breccie nel silenzio dell'indagato anche PISAPIA, *Relazione introduttiva*, cit., p. 19.

¹³⁴ GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 1 e, più di recente, MAZZA, *Contraddittorio (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano, 2014, p. 247 s.

¹³⁵ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 102 sottolinea come l'ottica attraverso cui filtrare il concetto di parità *ex art. 111, co. 2 Cost.* sia quella della "parità delle armi", ovvero funzionale, prendendo le distanze da un egualitarismo formalistico, perché nella fase delle indagini preliminari «è impossibile qualunque specularità tra i contendenti», così GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 3. Sulla stessa linea interpretativa C. cost., 23 giugno 1994, n. 5, in *Giur. cost.*, 1994, p. 44; C. cost. 23 dicembre 1997, n. 440, *ivi*, 1997, p. 3896 e C. cost. 27 luglio 2001, n. 321, *ivi*, 2001, p. 2586.

La pienezza della giurisdizione in ambito cautelare, dunque, interseca – e implica – non soltanto il tema delle investigazioni difensive¹³⁶ ma, ancora prima, la possibilità che l'accusato conosca dell'esistenza stessa del procedimento a proprio carico¹³⁷.

¹³⁶ V. quanto anticipato alla nt. 58; ora si conclude. La genesi della disciplina è stata alquanto sofferta: dapprima «sottintesa se non addirittura superflua» nei modelli della pura inchiesta preliminare elaborati da Carnelutti e Cordero negli anni sessanta, poi «dimenticata», «contraddetta» dall'impianto del 1988, infine divenuta «impossibile» a causa della virata inquisitoria del 1992 (così, NOBILI, *Prove «a difesa» e investigazioni di parte nel nuovo assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 405). Nei sistemi dell'inchiesta di parte “pura”, l'attività esplorativa difensiva – anteriore al dibattimento e inidonea a formare materiale probatorio, al pari di quella dell'accusa – trova innata cittadinanza, forse anche a prescindere da espresse previsioni *per tabulas*. Eppure, mancato l'obiettivo di costruire un modello processuale di tal fatta, l'idea di una fase preliminare «che non conta e non pesa» (NOBILI, *Diritti per la fase che “non conta e non pesa”*, in *Scenari*, cit., p. 34 s.) crollava sotto il peso e la quantità delle eccezioni alla regola aurea della separatezza tra le fasi. In un contesto del genere, l'attività preparatoria della difesa non avrebbe potuto prescindere da specifiche previsioni normative che ne disciplinassero puntualmente modalità, tempistiche, documentazione, utilizzabilità e divieti. Di questa ricchezza di problemi, neppure una traccia v'era nel codice.

Nasceva, dunque, un sistema “nuovo”, ma «accentuatamente sbilanciato» ove, al già citato art. 326 c.p.p., si aggiungeva «il più ampio disinteresse per ogni ipotetico potere di inchiesta del difensore» (DI CHIARA, *Le linee prospettiche del “difendersi ricercando”: luci e ombre delle “nuove” investigazioni difensive*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 4) tardivamente rimediato mediante l'asfittico art. 38 att. c.p.p., connotato da genericità e lacunosità rimarchevoli. A ciò si aggiunga il conio della nota teoria della c.d. “canalizzazione”, in forza della quale il “prepararsi” del difensore non gli avrebbe garantito autentici poteri di documentazione e, per raggiungere lo scopo, egli avrebbe dovuto rivolgersi al pubblico ministero, secondo le scadenze descritte da Cass. 18 agosto 1992, Burrafato, cit.

Interveniva, in questo quadro desolante, la l. 332/1995 in forma “reattiva” alle strette giurisprudenziali. Sul punto, GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 199 s. e TONINI, *Commento all'art. 22*, cit., p. 296 s. I commi introdotti nel tessuto dell'art. 38 att. c.p.p. lasciavano però irrisolti una congerie di nodi tali da abbandonare la disciplina in un limbo (si v. altresì GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 164 s.), a tutto vantaggio di soluzioni giurisprudenziali riduttive (per tutte, Cass. 16 ottobre 1997, Vacca, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3331) che – non potendo più negare rilievo *tout court* all'attività documentativa del difensore – ne riconoscevano sì la natura di “atti del procedimento” ma, appellandosi al libero convincimento del giudice, ne patrocinarono una svalutazione in termini di attendibilità del loro contenuto. Insensibile alle più elementari verità, secondo cui «non c'è attività procedimentalmente rilevante che non sia formalizzata» e che, dunque, «quanto la difesa ha guadagnato in termini di utilizzabilità [sarebbe stato] vanificato in termini di inattendibilità» (così, GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 207-208), il legislatore del 1995 ha inteso permettere la presentazione diretta della documentazione al giudice (anzitutto, il G.i.p.) così da garantire la possibilità di un dialogo probatorio di tipo cartolare con colui che si accinge ad assumere la decisione; di altro non si è curato: ricerca degli elementi di prova e presentabilità degli stessi al G.i.p., questo il nocciolo delle novità.

A ciò si aggiunga il deflusso della relativa documentazione nel fascicolo *ex* art. 433 c.p.p., garantendone così il medesimo valore probatorio stabilito per gli atti investigativi del pubblico ministero. Si sanciva, cioè, il principio rivoluzionario per cui anche gli atti del difensore-istruttore potessero valere, previo impiego per le contestazioni dibattimentali, ai fini del giudizio (nel sistema *post* 1992). È stato sottolineato, però, che soluzione più insoddisfacente non poteva essere escogitata: col pretesto della parità tra le parti e di implementare la cognizione del G.i.p., si è garantita “carta bianca” al difensore, libero di autoconfezionarsi materiale probatorio – questo sì davvero libero da “pastaie formali” – con evidenti ferite inferte al contraddittorio. «Mentre si raddoppia[va] l'abuso conoscitivo, si [era] ben lungi dal riequilibrare il sistema (FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale*, cit., p. 105) lasciandolo in un “limbo ideologico” in cui ci si ostinava a misconoscere che prova è solo ciò che si forma dialetticamente dinanzi a un giudice terzo e non ogni acquisizione conoscitiva purchessia, fagocitata, metabolizzata e resa sotto forma di sentenza dall’“idrovora” del libero convincimento del giudice (GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 232).

La completa, definitiva tipizzazione del “difendersi ricercando” avviene ad opera della l. 7 dicembre 2000, n. 397 (si v. VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005) che, tuttavia, non riesce a dipanare certi nodi di fondo del sistema. Con la riscrittura dell'art. 111 Cost. (oltre all'allora imminente legge attuativa del giusto processo, l. 63/2001) il legislatore ha investito sul dibattimento, è vero, ma al prezzo di talune pesanti ipoteche (un'udienza preliminare riscritta, in «odore sempre più di “pre-giudizio” e di prove vagliate a fondo», un'indagine preliminare raddoppiata e, perciò, oltremodo “pesante”, con il costante rischio di arretramento del baricentro del processo al predibattimento, così NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.). Eppure, finalmente, timidi passi nella direzione di un rafforzamento del G.i.p. sono stati compiuti (v. soprattutto artt. 391-bis, co. 11, 391-septies, 391-octies c.p.p.). Si v. *infra*, par. 6.

¹³⁷ È persino banale rimarcare che, nel procedimento penale, la conoscenza dell'addebito costituisca condizione primaria per un esercizio effettivo e consapevole del diritto di difesa, tecnica e non. Evidenti i

collegamenti con la disciplina delle investigazioni difensive, con il diritto al silenzio garantito dall'art. 64 c.p.p. e, più in generale, con l'impostazione in concreto delle "strategie" difensive in vista del dibattimento (NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 84). Eppure, è piuttosto recente l'affermazione, in Costituzione, dell'idea secondo cui l'individuo non debba necessariamente essere "oggetto" inconsapevole di attività investigativa da parte dell'inquirente: solo con la riscrittura dell'art. 111, co. 3, infatti, l'ordinamento ha riconosciuto, *expressis verbis*, il diritto dell'individuo a una tempestiva e riservata informazione circa i motivi e la natura dell'accusa.

Ciononostante, nella traduzione del principio costituzionale a livello di ordito codicistico si scorge più di un segnale dissonante. Il difetto principale degli istituti preposti alla funzione è il medesimo: essi sono «ancora fortemente condizionat[i] dalle strategie inquisitorie del pubblico ministero» (DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Torino, 2008, p. 9). In effetti, la tematica è oltremodo complessa per via dei contrastanti interessi in bilanciamento. Da un lato, il diritto di difesa e di riservatezza dell'accusato; dall'altro, le comprensibili esigenze di segretezza (e fecondità, in termini di "resa") delle indagini e il diritto di cronaca (giudiziaria) di cui all'art. 21 Cost. (sui rapporti, spesso patologici, tra procedimento penale e abusi giornalistici, si v. GIOSTRA, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonismo della giustizia penale*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 54 s.).

Gli istituti che rilevano in questo nostro *excursus* sono rappresentati dall'informazione di garanzia e dall'accesso al registro delle notizie di reato. Epigona della comunicazione giudiziaria (su cui, v. DELLA CASA, *La comunicazione giudiziaria nei suoi aspetti essenziali*, Milano, 1976), l'istituto di cui all'art. 369 c.p.p. – entrato definitivamente in crisi nel biennio 1992-1994, ma è curioso notare che "crisi funzionali" dei corrispondenti epigoni previsti dal codice abrogato si susseguirono ciclicamente sin dal 1969, anno dell'introduzione dell'avviso di procedimento – è stato riformulato nel 1995, ma la finalità perseguita ci pare inaccettabile, oscillando tra «l'ingenuità, il risibile e l'impotenza» (NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 77).

In estrema sintesi: siccome l'informazione usciva "esasperata" dagli effetti distorsivi prodotti dal circuito massmediale, travisata sino a essere percepita come un'anticipazione di condanna con danno d'immagine per il destinatario spesso irreparabile, se ne è posticipato l'inoltro non già «sin dal primo atto», ma «solo» quando il pubblico ministero debba compiere un atto garantito, al quale cioè il difensore ha diritto di assistere, con divieto (e non più mera possibilità) di provvedere prima di questo momento. Così, per ritardare (e non già scongiurare) i "danni da rimbalzo" giornalistici in un numero comunque marginale di procedimenti (con indagati c.d. eccellenti), si è compresso indiscriminatamente il diritto di difesa per tutti gli accusati. Rimedio ingenuo, si è detto, perché è rimasto inalterato il margine di opportunità riservato all'inquirente circa l'*an* e il *quando* compiere un'attività garantita (PERONI, *Commento all'art. 19, in Modifiche al codice*, cit., p. 276). La norma ne esce, oltretutto, in palese «difficoltà di senso» (GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 192), con l'invio dell'informazione in un momento in cui la difesa sarebbe "comunque" resa edotta, per *facta concludentia*, dell'esistenza del procedimento.

La sterilizzazione funzionale dell'istituto è aggravata dal paradosso di lasciare la difesa in balia delle strategie (parola che ritorna) dell'inquirente, senza con ciò tutelare efficacemente né la riservatezza del destinatario – simili disfunzioni rinvencono le proprie radici in fenomeni culturali, sociali e deontologici difficilmente eliminabili soltanto con un tratto di penna – né il diritto di difesa. Arma potente l'informazione di garanzia, dunque, ma solo per colui che la "governa", potendo essere piegata in danno dell'accusato tanto per un'indebita anticipazione "pur di nuocere", quanto per un suo indebito differimento.

Ciò che stona in un ordinamento in cui il principio guida è ora posto chiaramente dall'art. 111, co. 3 Cost., per concludere sul tema, è che la novella del 1995 si sia mossa nella direzione opposta all'unica coerente con il modello (spurio) adottato, misconoscendo la condizione necessaria, benché non sufficiente, per uscire da una situazione di negato diritto alla prova: la massima anticipazione possibile della conoscenza del procedimento, compatibilmente con le sole e documentate esigenze di riservatezza investigativa che un giudice, investito dal pubblico ministero della relativa questione, ritenga meritevoli di tutela, previa visione integrale del fascicolo sin lì formato (con cadenze che possiamo immaginare analoghe a quelle delineate dall'attuale art. 397 c.p.p.).

L'art. 335 c.p.p., invece, disciplina l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro tenuto presso la segreteria del pubblico ministero e, dal 1995, il riformulato comma 3 ne delinea un innovativo meccanismo di ostensibilità condizionata. Paragonato in dottrina (GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 194-195) a «una enorme *slot machine* giudiziaria, avente sportello presso ogni procura della Repubblica», criticato per gli effetti «ansio-geni», tanto per il colpevole (non corre il rischio di fare sorgere, negli inquirenti, il sospetto di un'autodenuncia?) quanto per l'innocente (come sapere a chi e cosa chiedere?), sino a diffondere una «sensazione kaffiana di incombente minaccia giudiziaria», la norma mirerebbe a bilanciare le inadeguatezze dell'informazione di garanzia, ma invano.

È rimessa, infatti, all'iniziativa dell'interessato la possibilità di prendere conoscenza dell'esistenza del procedimento mediante richiesta formulata alla Procura della Repubblica competente. Ostensione inibita, però, nei casi in cui si proceda per i reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a c.p.p. e qualora l'inquirente – in presenza di esigenze attinenti all'indagine, ma immotivate e comunque insindacabili – disponga il segreto per tre mesi dalla richiesta, lasso temporale non rinnovabile (cioè a prescindere dalla delicatezza '*in concreto*' delle indagini). Si noti, per inciso, che dell'intervento del garante giurisdizionale per controllare che il segreto non sia abnorme, pretestuoso o finanche capriccioso, neppure l'ombra. Si v. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass.*

In effetti, intervenendo in questi ambiti, la l. 332/1995 ha perseguito il dichiarato intento di costruire, rafforzare un giudice per la fase preliminare che non fosse né un «pubblico ministero-*bis*»¹³⁸, né un suo subalterno. L'obiettivo tuttavia è stato almeno in parte mancato e, in assenza di successivi interventi riformatori sul punto, non è scorretto concludere che la posizione di istituzionale debolezza del giudice si sia oggi cronicizzata, tanto da poter a buon titolo parlare di un garante «di cartapesta»¹³⁹, oppresso dal gigantismo dell'inquisitore.

Ancora di recente la dottrina ha stigmatizzato la «permanente carenza di effettività»¹⁴⁰ che affligge i diritti dell'imputato colpito da un'ordinanza restrittiva della libertà personale; ha rimarcato – seppure, ci pare, con la cadenza un po' rassegnata di chi non crede che la smagliatura di sistema possa essere ricucita in tempi brevi – l'assenza di un «alto tasso di autonomia»¹⁴¹ del giudice chiamato a disporre dell'altrui libertà in fase investigativa. Si è, in altri termini, consapevoli di un'attenuazione del significato prettamente garantistico rappresentata dal vaglio giurisdizionale in quanto tale sulle iniziative della parte pubblica, specialmente in contesti come quello cautelare ove la decisione è assunta *inaudita altera parte*¹⁴².

L'analisi sin qui condotta intreccia, dunque, anche la riflessione circa il valore del contraddittorio quale «elemento nucleare della giurisdizione»¹⁴³ e, di nuovo, la posizione di parità delle parti dinanzi al giudice. Eppure la prospettiva tradizionalmente accolta dal nostro ordinamento in ambito cautelare – probabilmente da preferire a ogni futuribile “fuga in avanti”¹⁴⁴ – pare porsi, se non in antitesi con l'art. 111 Cost., quantomeno in controtendenza. Non può dirsi casuale, infatti, che all'indomani della riforma costituzionale

pen., 2000, p. 3259 s. e, più recenti, Sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 437 s.

A parte la perplessità circa il rinvio *in toto* all'art. 407, co. 2, lett. a c.p.p. – istitutivo di un ambito di segreto *ope legis*, operante per i più gravi reati, anche quando esso non sia *ab initio* o non sia più necessario – la norma inverte l'originario regime di segretezza (nel 1988, questo operava sino a che l'accusato non avesse assunto la qualità di «imputato») e si pone in evidente antitesi con l'art. 369 c.p.p. (critico, ma in un'ottica diversa da quella qui adottata, perché più “sensibile” alle esigenze del pubblico ministero DAVIGO, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332 sui procedimenti relativi a reati contro la pubblica amministrazione*, in *Misure cautelari*, cit., p. 409-410).

Il vizio genetico si annida, in realtà, nella pretesa di riconoscere spazi garantistici alla difesa, pure se asserviti alla logica investigativa (estremamente critico ORLANDI, *Commento all'art. 18*, in *Modifiche al codice*, cit., p. 251 s.). Infine, ad aumentare il senso di inadeguatezza dell'interprete, si aggiunga quest'ultima considerazione. Il dovere di fornire informazioni, su richiesta di parte, non garantisce affatto circa la riservatezza delle stesse verso altri soggetti, diversi dal richiedente. Pur paradossale che sia – per una norma sul cui altare è stato sacrificato il diritto dell'inquisito all'invio di una tempestiva e credibile informazione di garanzia che mettesse realmente il destinatario nella posizione di potere cercare prove a difesa immediatamente – l'art. 335 c.p.p. non esclude che le informazioni di segreteria siano divulgate a terzi e alla persona offesa. Anzi, dopo il 2017 e l'introduzione del comma 3-ter, sono aumentate le possibilità di iscrizioni note alla, e legittimamente divulgabili dalla, persona offesa. Con il che si è chiuso il cerchio, con annesso il rischio di fare dipendere la tutela della riservatezza dell'accusato e il suo diritto di difendersi ricercando dai suoi accusatori, pubblico e privato.

¹³⁸ NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 82.

¹³⁹ NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 178, il quale altresì notava come il tema dello strapotere del pubblico ministero nelle indagini preliminari fosse diventato, già vent'anni orsono, il “tema fra i temi”, rispetto al quale, tuttavia, la «procedura penale proprio non basta più».

¹⁴⁰ GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica*, cit., p. 163.

¹⁴¹ GIULIANI, *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 368.

¹⁴² CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 186.

¹⁴³ GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 6.

¹⁴⁴ AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 374; ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire tra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, ivi, p. 383-385 e GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, in *Il diritto di difesa*, cit., p. 124.

nessun intervento legislativo – fatta eccezione per talune marginali interpolazioni a opera della l. 63/2001¹⁴⁵ – abbia ritenuto di dover allineare il procedimento applicativo di una misura coercitiva al mutato assetto costituzionale¹⁴⁶.

Questo apparente disinteresse non significa, naturalmente, che l'intero procedimento *de libertate* si ponga ai limiti della tenuta costituzionale; tutt'altro. Infatti, è convincimento diffuso in dottrina che conformare il sistema cautelare in coerenza con le note del giusto processo non escluda, a priori, la praticabilità di congegni caratterizzati dalla posticipazione del contraddittorio rispetto all'assunzione della decisione; ciò che rileva, in settori connotati dall'imprevedibilità tipica degli atti a sorpresa, è che sia comunque assicurato – sia pure *ex post* – un momento di effettivo confronto dialettico tra le parti in condizioni di parità davanti a un giudice terzo e imparziale¹⁴⁷.

I perni sui quali poggia l'esplicazione del diritto di difesa, in materia *de libertate*, diventano allora decisivi ai fini del nostro approfondimento. Li si rinviene, anzitutto, nel modello motivazionale imposto dall'art. 292 c.p.p. all'ordinanza coercitiva¹⁴⁸ – non a caso sviluppato secondo cadenze più stringenti di quelle previste per la sentenza – nell'interrogatorio di garanzia e, soprattutto, nel procedimento di riesame.

Sennonché, sviluppando una linea già tracciata, notiamo come l'interrogatorio tenda ad assumere la fisionomia di un mezzo di difesa piuttosto che di attuazione del contraddittorio; il rapporto è spesso soltanto duale, giudice-imputato, attesa la partecipazione solo facoltativa del pubblico ministero¹⁴⁹. E laddove il contributo dell'imputato sovente si riduca a mera negazione dei presupposti per l'esercizio del potere cautelare, è illusorio convincersi che la sua deposizione possa sovvertire le (spesso copiose) allegazioni del pubblico ministero sulla cui base il titolo è stato adottato.

A ciò si aggiunga la partecipazione obbligatoria, ma spesso puramente passiva del difensore il quale – al pari del suo assistito – è possibile abbia appreso dell'esistenza del procedimento soltanto per via dell'esecuzione o della notificazione dell'ordinanza¹⁵⁰. La difesa tecnica è presidio garantistico che tende a irrobustirsi, acquisendo spessore, solo con il progredire dell'*iter* e dunque non stupisce che la qualità dell'intervento, nelle primissime battute del procedimento, sia minore, ove non addirittura marginale.

Diverso, ma egualmente deludente, il discorso circa il contraddittorio in sede di riesame. Benché irrobustito con la l. 47/2015 sotto l'aspetto cruciale delle tempistiche – coltivando spunti già emersi in dottrina circa il non sempre soddisfacente bilanciamento tra eccessiva

¹⁴⁵ Anzi, la disciplina della libertà personale è stata oggetto, piuttosto, di interventi di segno contrario per tutti gli anni duemila con tendenza invertita solo di recente. Ed è curioso notare come l'inversione del *trend pro reo* abbia avuto inizio con la l. 26 marzo 2001, n. 128, approvata appena venticinque giorni dopo la l. 63/2001. Per tutti, si rinvia ad AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 16 s.

¹⁴⁶ Anche in dottrina scarseggiano riflessioni che, partendo dal riformulato art. 111 Cost., lo pongano in connessione con la tematica *de libertate*. Ciò è in linea, da un lato, con le ragioni storiche che hanno ispirato la legge costituzionale del 1999 (si v. GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 6 e FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 1) e, dall'altro, con l'interpretazione restrittiva che il legislatore ordinario ha dato di quel nuovo *basket of rights* nel senso di non ritenere essenziale prevedere un contraddittorio anticipato in relazione a pronunce diverse da quelle sull'imputazione (così, UBERTIS, *Giusto processo*, in *Enc. dir., Annali*, I, tomo I, 2008, p. 439).

¹⁴⁷ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 878-879.

¹⁴⁸ Concepito quale «antidoto alla mancanza di un contraddittorio anticipato», forzando il G.i.p. a «fare le veci della parte assente», secondo una logica distante da quella sottesa all'art. 546 c.p.p., così IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, 2013, p. 376-378.

¹⁴⁹ Su come l'assenza dell'accusatore possa riflettersi sull'atteggiamento del giudicante, si v. nt. 60 in merito all'art. 391, co. 3-bis c.p.p.

¹⁵⁰ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 880.

celerità della decisione ed esigenze di una sua maggiore ponderazione¹⁵¹ – il c.d. tribunale della libertà assicura una dialettica connotata da modalità proprie di un tipico giudizio d'impugnazione, funzionale più a un controllo del ragionamento sviluppato dal giudice della cautela¹⁵² che a integrare il *deficit* dialettico (e istruttorio) precedentemente subito dall'imputato. A ciò si somma il noto orientamento qualificante l'istituto in termini di gravame¹⁵³ e il (dubbio) corollario circa il potere di conferma dell'ordinanza per «ragioni diverse» da quelle ivi indicate, secondo cui il vizio motivazionale finisce, nientemeno, che «sommerso nel gravame»¹⁵⁴.

Nonostante le puntuali e condivisibili critiche di un'isolata voce in dottrina¹⁵⁵, il legislatore non è più intervenuto sulla fisionomia del giudizio di riesame che, nei suoi tratti nucleari, continua a replicare la struttura impressa ai tempi della sua introduzione.

E se le fondamenta vacillano, la costruzione non può che essere conseguentemente instabile. L'apparato motivazionale dell'ordinanza pericolosamente inclina all'adesione acritica alle argomentazioni del richiedente, unico soggetto deputato a formare la piattaforma cognitiva sulla quale si fonda il convincimento del decidente¹⁵⁶; il contraddittorio in sede di interrogatorio di garanzia e di riesame è mutilato dall'assenza, nel giudicante, di adeguata cognizione e di poteri istruttori; il procedimento di riesame, infine, dequota i vizi della motivazione, sterilizzando la portata operativa di una norma la cui funzione è – anche – quella di responsabilizzare al massimo il giudice della cautela¹⁵⁷.

Questa digressione può non apparire superflua se si concorda sul rilievo per cui, in contesti di questo tipo – ove cioè il giudice decide senza sentire il controcanto di una parte – il «significato garantistico del coinvolgimento dell'organo giudicante non può essere sovrastimato»¹⁵⁸. E, tuttavia, in un'ottica di bilanciamento tra opposte esigenze, laddove è insoddisfacente la prospettiva di assuefazione a una giurisdizione succube delle premesse accusatorie¹⁵⁹ proprio nel momento in cui essa incide su un diritto non reintegrabile quale la libertà personale, sarebbe opportuna la messa a punto di un procedimento volto ad attribuire all'imputato *chances* difensive sinora negategli, al fine di attenuare il più possibile l'inevitabile differente posizione di partenza rispetto al pubblico ministero¹⁶⁰.

¹⁵¹ ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire*, cit., p. 383 e, seppure con accenti parzialmente differenti, v. già GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna, 1983, p. 36. Sulle modifiche apportate nel 2015, con l'introduzione del comma 9-bis nell'art. 309 c.p.p., v. MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in *La riforma delle misure*, cit., p. 226 s.

¹⁵² Cass., sez. un., 27 marzo 2002, A., in *Cass. pen.*, 2002, p. 2638 s.

¹⁵³ Cass., 30 novembre 2011, p.m. in c. Romano, n. 7967, in *C.E.D. Cass.*, n. 252222 e 2 febbraio 2011, p.m. in c. D'Agostino, n. 15416, in *questa rivista*, 2012, p. 3491 e, in dottrina per tutti, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 539.

¹⁵⁴ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 515; conf. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, p. 333. *Contra*, invece, CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, spec. p. 35 s. e 183 s. e SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Milano, 2008, p. 353.

¹⁵⁵ CERESA GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1177 s.

¹⁵⁶ Candidamente ammesso da Cass., sez. un., 26 febbraio 1991, B., in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 490; conforme, pure se in tema di intercettazioni di comunicazioni, Cass. 19 marzo 2015, C., in *C.E.D. Cass.*, n. 263401.

¹⁵⁷ GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 394; IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 376.

¹⁵⁸ CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 186.

¹⁵⁹ Cfr. GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 370.

¹⁶⁰ Spunti in una prospettiva *de iure condendo* si possono rinvenire in DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 884-889.

Invece, come anticipato, il quadro d'insieme è scoraggiante e, in un'ottica di compatibilità con i canoni del giusto processo, del tutto insufficiente. Poiché l'imparzialità non è un elemento connaturato *ex se* alla figura del giudice bensì un prodotto dell'uguaglianza delle parti, è ingenuo pretendere di estirpare un certo margine di fisiologico "appiattimento" del garante giurisdizionale sull'investigatore mediante interpolazioni pedagogiche del tipo di quelle uscite dalla penna legislativa nel 1995 (e nel 2015). Il legislatore non ha saputo, allora come più di recente, affrontare e risolvere il nodo centrale della questione, ovvero come edificare un "nuovo" giudice per le indagini preliminari¹⁶¹. Se tuttavia con la l. 332/1995 un tentativo, pur timido e non risolutivo, è stato per lo meno compiuto, spiace constatare che, con la più recente l. 47/2015, il tema non sia neppure assunto all'attenzione legislativa¹⁶².

Il più significativo intervento nella materia che ci riguarda volto, se non proprio a superare, quantomeno a rimediare la situazione di «unilaterale solitudine»¹⁶³ del giudice per le indagini preliminari, attiene ancora all'art. 291 c.p.p., crocevia di opposte ideologie in merito ai rapporti tra gli attori istituzionali.

Di questa disposizione si è già riportata – non condividendola appieno – la giustificazione offerta dalla dottrina maggioritaria¹⁶⁴, ma è opportuno sottolineare che questa muove da presupposti che ci paiono erronei. A indurre in confusione è «l'indistinta sovrapposizione del problema delle conoscenze giudiziali a quello della realizzazione del contraddittorio»; ovvero un sillogismo dal seguente tenore: (a) se l'indagato ristretto non deve conoscere l'intero fascicolo investigativo prima della conclusione delle indagini preliminari e (b) perché vi sia reale contraddittorio egli deve conoscere quanto conosce il giudice, allora (c) quest'ultimo deve avere lo stesso limitato orizzonte cognitivo del primo¹⁶⁵.

In altri termini, la *ratio* del potere di selezionare gli atti costituenti il *dossier* cautelare sarebbe da rinvenirsi in una pervasiva esigenza di segretezza che si esplica tanto nei confronti dell'indagato, onde evitare intempestive e generalizzate *discovery* dell'intero compendio investigativo, quanto nei riguardi del garante giurisdizionale, perché – mediante la perfetta coincidenza disegnata dall'art. 293 c.p.p. tra atti allegati alla domanda e successivamente posti a disposizione della difesa – il cedimento nel muro di segretezza sarebbe, altrimenti, soltanto posticipato.

Eppure, la conclusione cui perviene il ragionamento esposto – secondo cui giudice e indagato necessariamente debbano condividere lo stesso quadro di conoscenze – non costituisce una variabile indipendente nel sistema, anzi. A volere tacere dell'inesistenza di principi per cui, laddove certe carte siano conosciute al giudice, debba esservi necessariamente anche una eguale conoscenza della difesa¹⁶⁶ (o dell'altra parte, per es., art. 391-octies, co. 2 c.p.p.) e senza dover immaginare maliziosi occultamenti a opera del

¹⁶¹ GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 371 e NOBILI, *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore*, in *Scenari*, cit., p. 104; ID., *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 82.

¹⁶² Se si eccettua l'ulteriore intervento manipolativo sull'art. 292 c.p.p., sul quale si rinvia a GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 354 s.; CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 179 s., con relativi riferimenti bibliografici e CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del Tribunale della libertà*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2015, p. 1 s.

¹⁶³ SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, cit., p. 109.

¹⁶⁴ Cfr. SPANGHER, *Commento all'art. 291*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, I, 5^a ed., Padova, 2017, p. 3028, che riconduce il potere di selezione a un'«ampia discrezionalità sottratta a controllo»; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 17^a ed., Milano, 2016, p. 454 e CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6^a ed., Torino, 2015, p. 779-780.

¹⁶⁵ Critico al riguardo GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1259.

¹⁶⁶ NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit. p. 142.

pubblico ministero (disciplinariamente censurabili, ma non sanzionabili dal punto di vista processuale), i poli della diatriba devono essere capovolti: intanto si garantisca al giudice una visione binoculare e completa; solo dopo ci si curi di evitare che ciò non sia di pregiudizio alle indagini a causa di intempestive desecretazioni. Insistere a ragionare altrimenti significa esaltare l'interesse investigativo anche quando in gioco vi è la libertà personale della persona.

Benché la prospettiva di concedere al giudice della cautela la visione dell'intero fascicolo sia stata sostenuta dalla migliore dottrina¹⁶⁷, la disciplina è rimasta ferma al 1995 e alla soluzione di compromesso ivi escogitata. Da un lato, si è rimessa la scelta del materiale da inviare al giudice alla discrezionale selezione del pubblico ministero, così scongiurandosi pericolosi automatismi, dall'altro si è arricchito il raccordo con le garanzie della difesa per via del rinnovato art. 293, co. 3 c.p.p.

Eppure, una soluzione alternativa era stata prospettata proprio nei mesi che precedettero la novella. Si sarebbe potuto attribuire al pubblico ministero il potere di "indicare", tra tutti gli atti componenti il fascicolo investigativo inviato al giudice con la richiesta di misura cautelare, i soli sui quali essa potesse essere fondata. In quest'ottica il giudice, studiato l'intero *dossier*, sarebbe stato chiamato a valutare se gli atti indicati fossero – da soli – idonei a fondare una cautela personale, ma avrebbe potuto trarre convincimento da tutti gli altri per disconoscere la ricostruzione effettuata dall'investigatore¹⁶⁸.

Questa opzione si sarebbe concretizzata nella possibilità del giudice di sfruttare l'integrale fascicolo, seppure soltanto *in bonam partem*, così riequilibrando – parzialmente – lo squilibrio connaturato alle parti. Il giudice avrebbe recuperato un prezioso connotato dell'istruttore ovvero la pienezza cognitiva senza, tuttavia, assistere allo scadimento delle proprie attribuzioni in termini di conduzione e responsabilità dell'indagine.

Dal punto di vista ideologico, invece, una cognizione ridotta – specialmente laddove il giudice sia chiamato a pronunciare su oggetti così sensibili – è sintomo evidente della sua debolezza¹⁶⁹. A ciò non riesce proprio a porre rimedio il rinnovato co. 1 dell'art. 291 c.p.p., per plurime ragioni: la difficoltà di discernimento circa cosa costituisca elemento a favore dell'indagato; l'impossibilità di garantire un controllo sull'omesso invio¹⁷⁰ e, altresì, taluni orientamenti giurisprudenziali quanto meno rivedibili.

A tale riguardo, è invalsa la prassi dell'abnorme ricorso da parte dell'ufficio del pubblico ministero – anche laddove si determini all'inoltro dell'intero fascicolo investigativo a corredo della domanda cautelare, spesso in prossimità della conclusione delle indagini preliminari – all'*escamotage* degli «omissis», riferiti altresì all'identità dei dichiaranti¹⁷¹.

¹⁶⁷ NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., p. 30-31; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure*, cit., p. 100; GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1260; ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p. 483-485 e GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 368. *Contra*, ci pare di capire, GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, cit., p. 95 e 113-114.

¹⁶⁸ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1260. Anche a distanza di oltre un ventennio, questa proposta appare ancora oggi la più equilibrata e meriterebbe, dunque, rinnovata adesione.

¹⁶⁹ Così anche VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 315-317.

¹⁷⁰ ADORNO, *Inosservanza dell'obbligo di trasmissione di atti ex art. 291, comma 1 c.p.p. e nullità dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1926 critica l'opzione – talvolta paventata in giurisprudenza, ma in definitiva minoritaria – secondo cui l'ordinanza applicativa, emessa laddove il pubblico ministero abbia omesso di inviare gli atti "favorevoli" – sarebbe affetta da nullità. Analogamente, GIOSTRA, *Commento all'art. 9, in Modifiche al codice*, cit., p. 139.

¹⁷¹ Si v. Cass. 2 luglio 2013, n. 43445, in *DeJure*; Cass. 7 giugno 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 237266; Cass. 17 giugno 2005, P., *ivi*, n. 232105. A ciò si somma quella giurisprudenza che, in merito all'interpretazione del

Modus operandi che, va da sé, limita sino a svuotarli dall'interno il sindacato giurisdizionale e il diritto di difesa vanificando altresì il richiamo, operato dall'art. 273, co. 1-*bis* c.p.p., al comma 7 dell'art. 195 c.p.p.

Inoltre, si aggiunga un intervento – datato, ma mai revocato in dubbio – della Corte costituzionale in merito all'art. 358 c.p.p., ovvero l'altra occasione, oltre alle investigazioni difensive, mediante la quale è possibile fornire al giudice per le indagini preliminari una piattaforma probatoria arricchita dalla presenza di elementi *pro reo*.

Tante volte richiamato per sostenere una visione del pubblico ministero quale “parte imparziale”¹⁷², in effetti esso alimenta il senso di smarrimento dell'interprete per il frontale, patente contrasto con l'art. 291, co. 1 c.p.p.¹⁷³. Norma debole, carente di effettività e un po' ipocrita – laddove pare affermare un diritto difensivo alla prova, nei confronti del pubblico ministero – che, ove coordinata con l'art. 367 c.p.p., dà vita alla «questua probatoria» per via della quale la difesa si rivolge all'accusatore affinché questo, magnanimamente, si adoperi per assumere gli elementi che serviranno a confutare la di lui ipotesi: soluzione «mortificante» per un sistema che ambisca ad assumere le fattezze di un processo di parti¹⁷⁴.

In effetti, affermare che il pubblico ministero possa attuare “strategie” investigative anche rispetto alle prove difensive non sembra opzione accettabile in un sistema di stampo accusatorio; ma la soluzione diventa addirittura grottesca se si riflette sulla carenza di adeguati controlli e sanzioni ove il pubblico ministero, deliberatamente, ometta di adempiere a quello che, in fin dei conti, rimane pur sempre un obbligo a cui l'art. 358 c.p.p. lo vincola.

Coglie probabilmente nel segno quella dottrina che riconduce la disposizione a un'affermazione «ovvia, che probabilmente era meglio lasciare implicita» oppure a un «principio non corrispondente alla realtà»¹⁷⁵. Nella prima ipotesi, non si è mai dubitato che il pubblico ministero, in quanto parte pubblica, debba svolgere anche accertamenti su fatti e circostanze favorevoli alla persona sottoposta alle indagini. Essi, in effetti, non costituiscono altro se non il rovescio di quelli a carico. Nella seconda, invece, la norma non attribuirebbe all'indagato quel diritto alla prova di cui pure si è detto, anzi: egli di regola non ha alcun diritto al compimento dell'atto investigativo sollecitato. In fin dei conti, allora, forte è il sospetto di trovarsi al cospetto di un alibi, il cui unico scopo è quello di (tentare di) porre un freno al gigantismo investigativo, allo strapotere del pubblico ministero.

sintagma “elementi a favore” la cui valutazione è richiesta nella motivazione dell'ordinanza applicativa, così si esprime: «La disposizione di cui all'art. 292, comma 2 ter c.p.p. non impone al giudice - in sede di applicazione della misura - l'indicazione di qualsiasi elemento che sia ritenuto favorevole dal difensore, né tantomeno gli prescrive - in sede di riesame - la confutazione, punto per punto, di qualsivoglia argomento difensivo, di cui appaia manifesta l'irrelevanza e la non pertinenza, restando circoscritto l'obbligo motivazionale alla disamina delle specifiche allegazioni difensive, contrastanti obiettivamente con gli elementi accusatori. Infatti, nella nozione di «elementi a favore», presi in considerazione dalla norma indicata, rientrano solo gli elementi di natura oggettiva e di fatto aventi rilievo concludente, mentre ne restano escluse le mere posizioni difensive negatorie, le prospettazioni di tesi alternative sugli elementi indiziari e gli assunti assertori e defatigatori», così Cass. 13 marzo 2008, n. 13505, in *Guida al dir.*, 2008, fasc. 18, p. 96. Nella stessa scia, Cass. 6 ottobre 2011, n. 39305, *ivi*, 2011, fasc. 47, p. 99 e Cass. 9 marzo 2011, n. 12442, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3016.

¹⁷² MADDALENA, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, cit., p. 48. Ma vale la pena di ricordare anche la celebre definizione data da CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989, p. 56, secondo cui il pubblico accusatore è «avvocato senza passione, giudice senza imparzialità».

¹⁷³ NOBILI, *I rischi del nuovo modello processuale*, cit., p. 357 e *La nuova procedura penale*, cit., pp. 42 e 48, secondo cui l'articolo «resta quasi lettera morta». Anzi, di fronte al potere di unilaterale selezione viene da chiedersi, letteralmente, “che fine faccia” l'art. 358 c.p.p., pur così chiaro nel suo tenore letterale.

¹⁷⁴ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1263.

¹⁷⁵ ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto*, cit., p. 222-223.

Chiamata a pronunciarsi circa la legittimità della norma nella parte in cui non prevede sanzioni processuali in caso di inottemperanza all'obbligo di cui si è detto, la Corte costituzionale ha respinto la questione dichiarandola manifestamente infondata, spendendo però argomentazioni tutt'altro che irresistibili¹⁷⁶.

Dapprima, in relazione all'art. 27, co. 2 Cost., la Corte ha negato che la presunzione di non colpevolezza costituisca un «criterio cui debba attenersi il pubblico ministero nello svolgimento delle indagini», per poi affermare che una lettura dell'art. 358 c.p.p. orientata a supplire al bisogno probatorio della difesa è incompatibile con «il modello tendenzialmente accusatorio» del processo penale.

La norma censurata andrebbe, infatti, coordinata con l'art. 326 c.p.p., in funzione del potere-dovere dell'accusatore di determinarsi a un corretto e razionale esercizio dell'azione penale. Come a dire che, laddove il pubblico ministero ometta di compulsare gli elementi probatori favorevoli all'inquisito, l'unica conseguenza sarà misurabile in termini di un suo proscioglimento nel merito.

Al fine di riequilibrare l'asimmetria *in damno* dell'indagato vi sarebbero altri strumenti – tra cui, le investigazioni difensive e i poteri probatori attribuiti al giudice (*ex* artt. 422 e 507 c.p.p.) – e ciò perché non è pensabile conferire all'accusatore poteri che spetterebbero alla difesa e giungere al punto di sostenere che il diritto alla difesa trovi il proprio *pendant* nell'atteggiamento “neutrale” del pubblico ministero per tutta la durata delle indagini.

In effetti, se una lettura del tipo di quella patrocinata dal rimettente nascondeva – neppure troppo bene – venature di “paternalismo giudiziario”, proprio non riesce a convincere il ragionamento svolto dalla Corte. *In primis*, l'art. 27, co. 2 Cost. dovrebbe, infatti, operare al massimo grado di intensità proprio durante le indagini preliminari, pena il loro sovvertimento da fase deputata ad accertare la non manifesta infondatezza della *notitia criminis* a momento durante il quale l'investigatore costruisce a priori un'ipotesi di colpevolezza soggettivamente orientata.

Tuttavia, quello che più stona nella sentenza è l'evidente contraddizione in cui essa cade. Da un lato, infatti, ricostruisce l'attività procedimentale del pubblico ministero sui sommi cardini degli artt. 326 e 358 c.p.p. ma, dall'altro, di quest'ultima disposizione statuisce l'incompatibilità con il nostro sistema «tendenzialmente accusatorio». Ma se così è, delle due l'una: o si porta il ragionamento alle più estreme, ma lineari conseguenze in punto di inutilità della norma, negandole la patente di principio orientativo delle determinazioni del pubblico ministero *ex* art. 405 c.p.p. ovvero ci si interroga seriamente sulle conseguenze processualistiche del di lui comportamento scorretto.

Il rinvio agli artt. 391-*bis* e s. c.p.p. implica soltanto che l'attività dell'accusatore non preclude – e ci mancherebbe – l'esercizio dei diritti di difesa, ma non risponde al quesito se nel nostro ordinamento, di fronte a una norma dal chiaro tenore letterario com'è quella in commento, è ammissibile che l'organo pubblico possa non essere imparziale – da qui allo sconfinamento nella partigianeria il passo potrebbe essere breve – ribaltando sulla difesa, sovente sfornita dei mezzi e delle risorse appropriate, l'onere di duellare con un avversario alle cui spalle vi è l'apparato statale. A questi dubbi, la Corte ha risposto con un sostanziale *non liquet*.

¹⁷⁶ Corte cost., ord., 11 aprile 1997, n. 96, in *Giur. cost.*, 1997, p. 953 s., con osservazioni di SILVESTRI, *Il P.M. quale era, qual è, quale dovrebbe essere* e in *Cass. pen.*, 1997, p. 2403 s., con nota di MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*

In conclusione, dunque, se si viviseziona l'art. 291 c.p.p. con schiettezza ci si può avvedere che non è improbabile che, nel *dossier* cautelare, di elementi a favore dell'indagato ve ne siano ben pochi. Da un lato, le indagini difensive – oltre a porre evidenti problemi all'indagato non abbiente – potrebbero non avere luogo, attesa la difficoltà di venire a conoscenza circa l'esistenza del procedimento; dall'altro, l'affidamento riposto sull'art. 358 c.p.p. – sull'ingenua aspettativa di imparzialità dell'accusatore che, mentre con una mano tesse la propria strategia investigativa, con l'altra si preoccupa di acquisire quegli elementi diretti a screditarla¹⁷⁷ – si è dimostrato eccessivo perché quella norma, per come interpretata dalla Corte costituzionale, è andata poco oltre un effimero rimettersi al buon cuore dell'accusatore.

Proprio per talune delle ragioni esposte, è improprio sostenere che la scelta effettuata nel 1995 fosse il massimo che l'ordinamento avesse da offrire in materia¹⁷⁸, perché l'esigenza di preservare il segreto investigativo nei confronti dell'indagato colpito da misura coercitiva non costituisce argomento tale da precludere altre e più flessibili soluzioni, peraltro già previste dall'ordinamento.

D'altronde, per esempio, proprio non si comprende come i poteri di cui dispone il giudice per le indagini preliminari in sede di controllo circa l'inazione possano essere giudicati eccessivi o tali da determinarne automaticamente il mutamento genetico in un istruttore ove riproposti in ambito *de libertate*¹⁷⁹. In sede di controllo sulla richiesta di archiviazione il giudice assomma in sé attribuzioni molto penetranti, giustificate dall'esigenza di far sì che le *notitiae* archiviate siano tutte e sole quelle effettivamente infondate. È quantomeno singolare che la premura di scongiurare illegittime limitazioni nella libertà personale non sia considerata valevole a sufficienza da permettere al giudice per le indagini preliminari di essere altrettanto forte rispetto a quando opera a tutela dell'art. 112 Cost.

In conclusione, pur se introdotta per supplire alla grave subalternità del giudice nei confronti del pubblico ministero, l'art. 291 c.p.p. ha evidenziato alla prova dei fatti notevoli incongruenze e lacune; l'ampliamento della piattaforma conoscitiva del decidente – rappresentante per alcuni il «vero punto di svolta» della disciplina della libertà personale – si è mostrato, in fin dei conti, più illusorio di quanto i forse troppo entusiastici commenti «a caldo» abbiano mostrato di ritenere¹⁸⁰.

Il vizio di fondo del codice del 1988 e della successiva evoluzione della disciplina *de libertate* sembra essere ancora il medesimo, ovvero proseguire a preferire l'organo dell'accusa e le sue strategie al giudice, sollevando anzi il sospetto che la costruzione di un garante così anemico sia stata funzionale a un preciso scopo: presentare un pubblico ministero e il modello accusatorio «all'italiana» come caratterizzati già a sufficienza da controlli (para)giurisdizionali¹⁸¹.

Il vero pomo della discordia, di cui l'art. 358 c.p.p. rappresenta solo l'esempio di spicco, resta più in profondità, ossia se pubblico ministero e giudice possano «essere la stessa cosa» e, in un certo senso, pesare egualmente all'interno di un sistema che sembra muoversi verso

¹⁷⁷ Spunti in GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 3.

¹⁷⁸ Come sembra invece sostenere GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, cit., p. 124.

¹⁷⁹ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., p. 245 e AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice*, cit., p. 213.

¹⁸⁰ Cfr. GREVI, *Garanzie difensive e misure cautelari personali*, cit., p. 124.

¹⁸¹ NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit. 76; ID., *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore*, in *Scenari*, cit., p. 104.

una loro omologazione, in un'unità di scopi e funzioni declinata in chiave troppo spesso *contra reum*¹⁸².

6. *Un giudice per le indagini preliminari oppresso: il sistema che non c'è.*

La conclusione cui si è giunti si riallaccia a considerazioni che, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice "nuovo", più volte sono affiorate in dottrina. Che l'obiettivo del legislatore codicistico fosse coniare un pubblico ministero «molto forte», reale *dominus* della fase investigativa è inconfutabile¹⁸³; così come l'idea che quell'ufficio dovesse essere un organo «a sovranità limitata», per via dei robusti argini imposti alla sua azione da un garante giurisdizionale autenticamente terzo.

Come si è accennato, pure se in forma necessariamente riassuntiva, i contrappesi del sistema sono presto saltati¹⁸⁴: i controlli giurisdizionali – del giudice per le indagini preliminari e del tribunale del riesame – si sono presto rivelati poco efficaci e gli sbarramenti probatori, volti a demarcare in modo ferreo la fase *pre* e *post* dibattimentale, sono stati abbattuti in nome dell'(inedito) principio di non dispersione della prova¹⁸⁵.

Conseguentemente, in tema di rapporti tra gli attori in scena la sovranità del pubblico ministero, da fisiologica e limitata quale doveva essere, è presto divenuta patologica e illimitata¹⁸⁶. All'esito di queste spinte antitetiche – tra vuoti e timidezze normative, "picconate" della Corte costituzionale e contrapposte ideologie animanti il codice – ciò che è venuto meno è stato proprio l'intero sistema¹⁸⁷.

Lo *stress test* a cui il giudice per le indagini preliminari è stato sottoposto ha avuto il suo culmine con l'approvazione della l. 332/1995. Da allora, la tematica dell'abuso delle misure cautelari è poco a poco uscita dal dibattito politico-sociale e dalle riflessioni degli interpreti, sostituita dal confronto quasi ossessivo su altri (in verità pochi) temi cari alla nuova stagione politica – c.d. «berlusconeide»¹⁸⁸ – infine riesplora soltanto per effetto della nota sentenza Torreggiani della Corte EDU del 2013.

Per poter comprendere come la Corte abbia potuto dichiararsi sbalordita («*frappé*») per l'eccessivo numero di detenuti a titolo cautelare (all'epoca del ricorso, circa il 40% degli ospiti nelle case circondariali) occorre, anzitutto, storicizzare la riforma del 1987-1988. Come si è accennato, l'obiettivo primario del legislatore codicistico è stato

¹⁸² NOBILI, *Qualche riflessione sul 1994*, in *Scenari*, cit., p. 112, il quale scorge questo cedimento di sistema in altre spie normative, tra cui gli artt. 291, co. 1 e 6, 358-369, 141-bis c.p.p. e l'art. 371-bis c.p.

¹⁸³ AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice delle indagini preliminari nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, cit., p. 210.

¹⁸⁴ Si inserisce in questa linea interpretativa l'interessante e condivisibile contributo di CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Legge e potere nel processo penale*, Atti del convegno di Bologna, 4-5 novembre 2016, Padova, 2017, p. 93 s.

¹⁸⁵ Parla di «principio costituzionale del tutto inventato» VASSALLI, *Introduzione a L'inconscio inquisitorio*, cit., p. 17, che – come è noto – in quel periodo fu giudice della Corte costituzionale.

¹⁸⁶ Tutto ciò, mutuando l'opinione di autorevole dottrina, è il portato dell'ormai ben noto equivoco di fondo, in tema di indagini preliminari e loro natura, a cui tutto il codice pur si ispira. Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 905 secondo cui «non basta ridenominarli [gli atti compiuti dal p.m. – ndr] "indagini preliminari": bisognava ridurre l'effetto sulla futura decisione; e se da atti processuali, quali erano, diventano un lavoro col quale la parte pubblica raccoglie i materiali dell'eventuale domanda, vanno correlativamente alleviate le forme. L'autentica svolta accusatoria implicava indagini ridotte al minimo carico formale richiesto dagli interessi sottostanti».

¹⁸⁷ AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice*, cit., p. 212; in generale, si v. AA.VV., *Il codice di procedura penale: esperienze, valutazioni, prospettive*, Atti del convegno di Milano, 23-24 ottobre 1992, Milano, 1994, p. 47, 118, 347.

¹⁸⁸ Così, AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 8.

giurisdizionalizzare il potere coercitivo sdoppiando i poteri accumulati dal giudice istruttore in due organi distinti e, successivamente, di riempire il c.d. vuoto dei fini¹⁸⁹.

Benché disposizioni quali gli artt. 273-274 c.p.p. costituissero un notevole progresso rispetto alla disciplina abrogata, è stato tuttavia sottostimato un aspetto cruciale. Confinato in secondo piano, il cuore del sistema ideato dalla Costituzione è rimasto forse sullo sfondo: l'idea del carcere come misura eccezionale, perché lesiva al massimo grado della libertà personale, è risultata debolmente sviluppata.

Da un sistema dalle fragili seppure stilisticamente perfette soluzioni garantistiche è uscito incompiuto altresì il rapporto tra cautela e presunzione di non colpevolezza. Declinato soltanto nella versione "classica", come regola di trattamento e apposizione di limiti temporali alla durata della detenzione *ante iudicium*, non si è colto che un fondamentale problema era, oltretutto quello della qualità, anche della quantità del fenomeno cautelare in carcere. Un sistema che ne tollera un'applicazione così estesa, quasi di massa, dimostra di considerare l'istituto uno strumento normale per garantire il supremo interesse della collettività (magari alimentato dall'emergenza sociale di turno, vera o indotta che sia), con un preoccupante "orientamento di ritorno" inquisitorio che vede nell'imputato libero una lodevole eccezione alla regola che lo vuole detenuto in attesa di giudizio¹⁹⁰.

In quel contesto, anzi, la giurisdizionalizzazione ha prodotto un risultato imprevisto, una sorta di eterogenesi dei fini: è attecchita l'idea che l'incidente cautelare, con la sua giurisdizione dalle forme pesanti, pure se provvisoria e a cognizione sommaria, sia nei fatti così estesa, penetrante ed efficace da «poter sostituire in qualche caso l'accertamento sul merito dell'imputazione»¹⁹¹.

La fragilità del codice del 1988 ha certamente avuto un peso non indifferente nel tramonto dell'"illusione" garantistica, ma non ne è l'unica causa. A ciò si affianca una persistente inclinazione inquisitoria, affiorante a livello socio-culturale prima ancora che giuridico¹⁹².

Se di regola è sconveniente affidarsi a impressioni mutuate da singole esperienze pratiche, giunti a questo punto non sembra però faziosa la denuncia di un autorevole interprete secondo cui, nell'esperienza quotidiana, si ha sovente la sensazione che «il giudice della cautela sia solidale con gli investigatori in quanto considera suo dovere istituzionale assicurare al pubblico ministero l'uso di tutti gli spazi e di tutti gli strumenti necessari all'accertamento del reato»¹⁹³. Il degrado del giudice per le indagini preliminari a *mere rubber stamp*, cioè a soggetto che si limita a timbrare altrui richieste come spesso è a dire

¹⁸⁹ Orientamento ben espresso da GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 17.

¹⁹⁰ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali*, cit., p. 480 e CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 466-467, secondo cui «nel canone inquisitorio l'imputato è "*custodiendus*", se non risulta innocente». La custodia è uno «stabulario», fuori del quale è improbabile che il reo confessi.

¹⁹¹ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 21. Della stessa opinione, SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso – Peroni, Piacenza, 2010, p. 804. Sulla stessa lunghezza d'onda IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190 s.

¹⁹² NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, p. 112 sottolinea che «l'art. 27 comma 2 della costituzione è la radice... è la regola primordiale. Eppure, nella nostra collettività, essa non risulta assorbita, dal cervello, dal sangue, con la necessaria sicurezza. [...] Quando si decideranno a spiegarlo davvero ... che si punisce "dopo" e non "prima"». Riflessione che non si allontana molto da quella, lapidaria, di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 469, secondo cui «le macchine repressive sono meno riformabili degli Stati, perché toccano un metabolismo sociale profondo».

¹⁹³ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 23.

negli Stati Uniti per il *grand jury*, è dunque spiegabile anche in quest'ottica, ove le radici del problema affondano in un terreno di coltura comune a quello da cui sono fiorite le scialbe opzioni legislative analizzate.

Il filo rosso che collega la istituzionale afasia del giudice al tendenziale predominio dell'ufficio del pubblico ministero – gigantismo di certo acuito nel sistema *post* 1992, ma tutt'altro che scomparso oggi – è dato dalla circostanza che è sempre l'inquirente a “dettare il tempo” della fase investigativa: egli può secretare il registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.), sceglie se e quanto tenere l'indagato all'oscuro della sua qualifica (art. 369 c.p.p.), può non procedere agli accertamenti *pro reo* (art. 358 c.p.p.) e, soprattutto, può allegare un *dossier* cautelare ritagliato *ad hoc* per garantirsi o indurre, con il carcere, la disponibilità dell'indagato al fine di proseguire indisturbato l'inchiesta, ottenere in sede di interrogatorio investigativo conferme o informazioni e, magari, cercare di protrarre il più possibile la misura in modo da soddisfare l'interesse sanzionatorio¹⁹⁴.

Infatti, «è un dato innegabile che il pubblico ministero che chieda e ottenga nella fase preliminare la custodia in carcere [può] ciò non di meno proseguire le attività di indagine, secondo le proprie valutazioni tattico strategiche, senza subire alcun condizionamento, sul piano dell'impulso al processo, dall'aver attivato il potere coercitivo»¹⁹⁵.

Il paradosso del gigantismo dell'attore, che fa da contraltare all'offuscamento del garante giurisdizionale, è che – per certi versi – il sistema vigente (soprattutto sino al 2001) fosse più arretrato, sul piano delle garanzie, rispetto al codice Rocco¹⁹⁶. Coglie di certo nel segno chi sottolinea che la spiegazione più piana degli asettici poteri conferiti al giudice per le indagini preliminari risiede nell'*horror hereditatis* – tant'è che, durante i lavori preparatori, ogni volta in cui ci si interrogava sul se attribuirgli o meno un certo potere, si è risposto che mai glielo si sarebbe potuto riconoscere, perché altrimenti egli sarebbe ridiventato un giudice istruttore – ma, per quanto la tradizione possa avere pesato, la scarsa sensibilità al tema dell'abnorme ricorso allo strumento cautelare ha comportato cedimenti inspiegabili e aporie di sistema onestamente incomprensibili.

Se si pone nuovamente sotto indagine l'art. 291, co. 1 c.p.p., in relazione all'art. 268 c.p.p. per come colpito dalla sentenza costituzionale n. 336 del 2008 già citata, ci si avvede di quanto il diritto vivente sia andato, per certi aspetti, perfino oltre la logica sottesa al potere di selezione riservato al pubblico ministero. Con il riconoscimento al difensore del potere, dopo l'esecuzione dell'ordinanza applicativa di una cautela personale, di ottenere la trasposizione magnetica delle registrazioni di conversazioni intercettate, ove utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate, la Corte

¹⁹⁴ Sono noti taluni espedienti, veri e propri abusi nell'impiego dello strumento cautelare. Taluni operanti in via diretta, talaltri in via mediata. Basti por mente alle ipotesi in cui, ottenuta l'ordinanza applicativa, il pubblico ministero, in elusione dell'art. 92 att. c.p.p., la trattiene onde procedere all'interrogatorio senza eseguirla. Intuibile l'effetto psicologico sull'interrogato, il quale è consapevole che dal tenore delle sue risposte dipende la sua permanenza in libertà. Oppure si rammenti l'esecuzione frazionata della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, in base alla quale il pubblico ministero esprime il suo consenso alla richiesta dell'imputato *in vinculis* soltanto per un reato per volta, in modo che la sentenza sia pronunciata per una sola imputazione anziché per tutti i plurimi addebiti (previamente non riuniti). La conseguenza è che la custodia prosegue per gli altri reati, in attesa che si perfezioni l'*iter*, eventualmente corretto in sede esecutiva *ex art.* 188 att. c.p.p.

¹⁹⁵ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 834. Compiono qui concetti che approfondiremo nei capitoli successivi: autonomia/condizionamento tra incidente cautelare ed esercizio dell'azione penale; esercizio della domanda cautelare a “rischio zero”.

¹⁹⁶ Per assurdo che possa sembrare, questa è l'opinione di due autorevoli “padri” della riforma del 1988, PISAPIA, *Relazione introduttiva*, cit., p. 20 e AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice*, cit., p. 213.

costituzionale ha «indirettamente ammesso che il giudice chiamato ad emettere l'ordinanza cautelare possa avere una cognizione inferiore non solo rispetto a quella del pubblico ministero, ma anche di quella comunque garantita al difensore "solerte"»¹⁹⁷.

In simili casi, dunque, il soggetto deputato ad assumere la decisione è l'unico dotato di una cognizione amputata – tanto rispetto all'inquirente, quanto al difensore. Non v'è da stupirsi, allora, se nella pratica quotidianità "questo" giudice per le indagini preliminari tenda ad adagiarsi sulla richiesta dell'attore, spesso trasponendola pedissequamente nell'ordinanza applicativa di una cautela personale¹⁹⁸ – e non tanto, o non solo per ragioni ordinamentali, giacché in simili contesti i risultati sarebbero i medesimi anche se il richiedente fosse un magistrato speciale, un organo della polizia giudiziaria o perfino un altro giudice – spogliandosi di fatto di una delle più qualificanti funzioni attribuitegli, così alimentando l'impressione che il pubblico ministero sia il reale *dominus* non soltanto dell'investigazione, bensì anche della libertà personale.

E se l'intervento di un giudice sfornito di piena conoscenza non può che risolversi in una beffa per l'indagato, l'assenza di qualsivoglia potere istruttorio rischia di far assumere al sistema tratti deformi. Non si comprende perché mai non si è temuto di inquinare il ruolo del giudice dibattimentale – allargano i suoi poteri di acquisizione probatoria *ex officio*¹⁹⁹ – mentre si è dimostrata tanta ritrosia nella fase preliminare, pur di escludere poteri da esercitare solo a domanda di parte e, addirittura, solo a domanda dell'indagato privato della libertà personale²⁰⁰.

Oltretutto, i ragionamenti condotti dalla Corte di cassazione a sezioni unite in merito all'art. 507 c.p.p. – «vera e propria mina vagante in un sistema di stampo accusatorio»²⁰¹ – meglio si adatterebbero all'ambito cautelare, come qui tratteggiato: domanda di parte e assoluto divieto per il giudice di "farsi carico" dell'investigazione.

¹⁹⁷ VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare*, cit., p. 316, sviluppando uno spunto di ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate*, cit., p. 3765.

¹⁹⁸ Emblema di questo atteggiamento è la copiosa giurisprudenza sulla motivazione *per relationem*, pericolosamente in odore di elusione degli artt. 13 e 111, co. 6 Cost. Sul punto, si v. KALB, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in *Le fragili garanzie*, cit., p. 83 s. e, volendo, MALERBA, *Il "nuovo" potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un'occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4234 s.

¹⁹⁹ L'art. 507 c.p.p. è una tra le disposizioni più travagliate del codice del 1988 e tra quelle che, nel biennio 1992-1993, hanno occasionato la c.d. "controriforma" a opera della Corte costituzionale. Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901, con nota di SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*. I commenti, in dottrina, sono stati numerosi. Qui ricordiamo, per tutti, FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale*, cit., p. 1065 s. La sentenza interveniva successivamente a Cass., sez. un., 6 dicembre 1992, Martin, cit., confermata da Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, Greco, in *C.E.D. Cass.*, n. 234907, con nota di APRILE, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 507 c.p.p.: una nuova sentenza che non elimina ogni dubbio interpretativo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3341. Il principio di diritto, mai revocato in dubbio, in merito al potere officioso è così compendioso: «Il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., può essere esercitato pur quando non vi sia stata precedente acquisizione di prove, e anche con riferimento a prove che le parti avrebbero potuto chiedere e non hanno chiesto, ma sempre che l'iniziativa probatoria sia assolutamente necessaria e miri, pertanto, all'assunzione di una prova decisiva nell'ambito delle prospettazioni delle parti, non essendo consentito, invece, che il giudice possa coltivare un'ipotesi autonoma e alternativa, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione».

In generale, si v. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., p. 107 s.

²⁰⁰ NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari*, cit., p. 77; conforme, FERRUA, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 62 e GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1263 il quale, a p. 1265 sottolinea che «se il legislatore disconosce a chi subisce il carcere preventivo l'elementare diritto di dimostrare che [...] i presupposti non sussistono, lo Stato dimostra non la sua debolezza, ma la sua inciviltà».

²⁰¹ LORUSSO, *L'illusione accusatoria al tramonto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1468.

Un giudice siffatto, agendo oltretutto esclusivamente *pro reo*, non vedrebbe intaccata la sua terzietà-imparzialità. A questo proposito, coglie nel segno l'orientamento secondo cui «si deve abbandonare il pregiudizio secondo cui imparzialità significa indifferenza o comunque disimpegno del giudice rispetto alla formazione della verità giudiziale [...] L'importante è che non sia il giudice a determinare il *thema probandum*, né a prospettare ipotesi decisionali [poiché] quando si confondono le funzioni, psicologicamente incompatibili, dell'inquirente e del giudice, nell'atto di accusa c'è già *in nuce* la condanna»²⁰².

Infatti, se l'opzione a favore di un giudice deprivato del potere di assumere iniziative probatorie accresce, in generale, il tasso di imparzialità della decisione sul merito dell'accusa, in ambito cautelare avviene l'opposto²⁰³, poiché non può definirsi autenticamente terzo quel garante che, chiamato a disporre dell'altrui libertà, veda il proprio raggio d'azione delimitato dalle, e subordinato alle, strategie dell'inquirente. In quest'ottica, riassunta in dottrina con la formula *in dubio pro libertate*²⁰⁴, dovrebbe essere aggiornato il concetto di equidistanza del decidente dalle parti.

Tratteggiata, tradizionalmente, come «processo nel processo»²⁰⁵ la vicenda cautelare assume sempre più i tratti di una giurisdizione in avvicinamento a quella di merito²⁰⁶, senza tuttavia replicarne il caratteristico schema triangolare basato sulla parità delle parti in un contraddittorio che preceda la decisione. Questa asimmetria genera un contraddittorio forte e uno debole e il relativo *gap* dovrebbe, a parere di chi scrive, essere colmato dal giudice: laddove non sia il confronto dialettico dei contraddittori a produrre decisioni giuste, dovrebbe soccorrere l'intervento – anche officioso – riequilibratore dell'organo di tutela.

Quest'atteggiamento di dichiarato *favor* verso il contendente più debole, volto a compensare lo squilibrio tra le parti in fase di indagine, è in effetti presente nella mente del legislatore che ha scelto però di porvi rimedio attraverso il potenziamento di talune garanzie difensive. Emblematico, l'art. 391-octies, co. 2 c.p.p.: apprezzabile nell'intento di emancipare il difensore dalle strettoie disegnate dagli artt. 358 e 367 c.p.p.; insufficiente, tuttavia, laddove rimette l'attivazione del potere investigativo alla formale conoscenza dell'esistenza del procedimento, a sua volta largamente dipendente dalle strategie del pubblico ministero. Eppure la disposizione è indicativa della convinzione, non ancora compiutamente sviluppata, circa la «necessità che, nelle decisioni *de libertate*, ci si [debba fare] carico delle «debolezze» della difesa, sin dal momento dell'adozione della coercizione, non apparendo sufficienti [...] i meccanismi «a contraddittorio postumo» messi in campo dal sistema»²⁰⁷.

L'attuale giudice per le indagini preliminari è, invece, del tutto ripiegato su un'ideale di assoluta terzietà-imparzialità che – nell'illusione che farne un organo pietrificato potesse scongiurarne una torsione verso la figura dell'istruttore²⁰⁸ – gli conferisce i tratti tipici

²⁰² GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 3-4. V. altresì nt. 89 e la bibliografia ivi indicata.

²⁰³ Spunti in NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 32 e CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., p. 229 s.

²⁰⁴ RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia*, cit., p. 242.

²⁰⁵ Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271.

²⁰⁶ Un ottimo esempio di questo progressivo avvicinamento è offerto dall'evoluzione del concetto di incompatibilità tra la funzione di giudice della libertà e di giudice del fatto, avendo la Corte costituzionale affermato alla prima valore ed efficacia pregiudicante rispetto alla seconda.

²⁰⁷ CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, cit., p. 242; conf. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia*, cit., p. 295.

²⁰⁸ Timore che, a trent'anni dall'entrata in vigore del «nuovo» codice, non pare più giustificare la compromissione della funzionalità del sottosistema cautelare.

dell'impotenza, «racchiuso nella gabbia di un osservatorio da cui contempla, in religioso silenzio, la geometrica potenza del pubblico ministero»²⁰⁹. La disuguaglianza sostanziale delle parti genera, in conclusione, una contrapposizione di interessi solo apparente e si ripercuote su un contraddittorio sterile di fronte a un garante fittizio.

Il giudice, invece, soprattutto in fase investigativa dovrebbe assumere come proprie le prerogative difensive dell'indagato ristretto, scongiurando che il rischio della mancanza di prova ricada su di lui. Quella tratteggiata diventerebbe una fisiologica carenza di equidistanza del giudice, riappropriatosi di una cognizione esaustiva e di ben calibrati poteri officiosi *in bonam partem* – sulla falsariga di quelli previsti dagli artt. 421-bis e 422 c.p.p. – tale da permettergli di riacquistare spazio, affrancandosi autenticamente dalla vicinanza – talvolta, soggezione – al pubblico ministero.

Con ciò si vuole sostenere che non confliggerebbe con un sistema di matrice accusatoria l'attribuzione al giudice di un *munus* conformato nel senso di dover assicurare l'effettiva parità di rapporti tra le parti, conferendo priorità assiologica alla salvaguardia dei beni fondamentali dell'indagato, al punto da sopportare lo squilibrio ai danni del più debole poiché l'impegno del garante e le sue iniziative «dovrebbero [...] tendere a compensare e, comunque, mai ad aggravare, l'inferiorità della difesa nelle indagini preliminari»²¹⁰.

Questa opzione, se è stata sviluppata tra il 1995 e il 2000 in maniera incompiuta e troppo timida, è venuta del tutto meno con la legislazione degli anni duemila. In realtà, ancora prima dell'approvazione della l. 63/2001 il legislatore aveva bruscamente interrotto l'opera novellistica *pro reo* dando vita alla c.d. legislazione securitaria²¹¹. Nella pioggia di interventi che hanno inciso sul tessuto del libro IV, sfilacciandolo sino a renderlo incoerente e spesso confuso, si possono scorgere però talune linee direttive ricorrenti.

La prima attiene al proposito di introdurre una «criptoesecuzione provvisoria della sentenza di condanna»²¹². Il c.d. pacchetto sicurezza approvato con l. n. 128/2001 è intervenuto sull'art. 275 c.p.p., introducendovi i commi 1-bis e 2-ter, nell'ottica di «una progressiva predeterminazione [...] di vincoli ai poteri decisori del giudice cautelare»²¹³, da esercitarsi in concomitanza all'emanazione di una sentenza di condanna in primo grado o in appello²¹⁴.

In questi inviti a indurre il giudice a guardare alla custodia come surrogato della pena è palese l'intento di intervenire, a mo' di palliativo, nel rassicurare un'opinione pubblica sempre più emotiva e scossa dall'ultimo fatto di cronaca nera, mediante l'esibizione di un modello processuale che muta progressivamente il proprio corredo genetico, trasformandosi da strumento di garanzia dei diritti fondamentali a mezzo di prevenzione, supplendo alle carenze imputabili ad altri organi statuali.

²⁰⁹ AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice*, cit., p. 213.

²¹⁰ FERRUA, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 62.

²¹¹ La prima novella connotata da chiare esigenze securitaria è il d.l. c.d. "antiscarcerazioni", 24 novembre 2000, conv. in l. 19 gennaio 2001, n. 4. Si v., al riguardo, AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001.

²¹² AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 17.

²¹³ VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare*, cit., p. 291.

²¹⁴ In generale, si v. SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo e secondo grado*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128)*, a cura di Gaeta, Padova, 2001, p. 302 s. Sottolinea, però, l'importanza di non «ignorare che il progredire del giudizio di merito verso il giudicato affievolisce la presunzione di non colpevolezza» AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 35.

Un'altra direttrice attiene all'introduzione di sempre maggiori automatismi all'esercizio del potere coercitivo, alimentando uno "strabismo" di un legislatore spesso diffidente verso i propri giudici e la loro discrezionalità. Si allude, innanzitutto, alle novelle concernenti la concessione e sostituzione della misura degli arresti domiciliari, *ex artt.* 276, co. 1-ter e 284, co. 5-bis c.p.p. – solo parzialmente ammorbiditi per effetto della l. 47/2015²¹⁵ – ma, soprattutto, all'art. 275, co. 3 c.p.p.²¹⁶ – una delle norme più martoriate del codice – soltanto rimodulata dall'ultima riforma che, se da un lato si limita a recepire acriticamente la giurisprudenza costituzionale sull'irragionevolezza delle presunzioni assolute in ambito cautelare, dall'altro non è esente da venature di incoerenza interna e squilibri rigoristici²¹⁷.

L'evoluzione, o più spesso l'involuzione, del settore cautelare durante la vigenza del codice "nuovo" è stata incessante e incontrollata²¹⁸ e, tuttavia, contrassegnata da un *fil rouge* preoccupante; ovvero il ribaltamento di un asse portante della codificazione, la discrezionalità del giudice, negli allora ripudiati automatismi obbligatori in vigore nel sistema processuale precedente. A quella che rimetteva la decisione cautelare alla prudente valutazione in concreto dei presupposti normativi, il legislatore ha sostituito «una disciplina che tende a predeterminare in astratto il contenuto delle decisioni giurisdizionali. E questa predeterminazione è sempre *in malam partem*»²¹⁹.

Nulla di tutto questo, però, ha a che fare, neppure in minima parte, con l'esigenza di irrobustimento del garante giurisdizionale²²⁰.

Anche l'ultimo intervento in materia, benché salutato da autorevole dottrina con un «giudizio sostanzialmente positivo»²²¹, manca clamorosamente l'obiettivo di un rinnovamento della figura del giudice per le indagini preliminari. Anzi, puntate tutte le *fiches* a disposizione sul tavolo delle "prassi devianti" – peraltro senza garantire affatto una loro emenda – il legislatore «fa del giudice il protagonista della riforma: un protagonista, tuttavia, in negativo, suo malgrado destinatario di una tutela che lo deprime»²²², in evidente controtendenza con l'opzione più sopra indicata di un suo concreto irrobustimento rispetto alle parti e, segnatamente al pubblico ministero, rispetto cui sarebbe doveroso recuperare autorevolezza e capacità decisoria.

Se la prospettiva dev'essere quella di una tutela autentica, non soltanto di facciata, del diritto alla libertà personale e, a tal fine, si valuta come opportuna la necessità di fronteggiare un pubblico ministero che, via via, ha assunto una forza squilibrata, la soluzione non può

²¹⁵ Si rinvia a BONINI, *La attenuazione degli (altri) automatismi in peius*, in *La riforma delle misure*, cit., p. 135 s.

²¹⁶ Si v. TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Le fragili garanzie*, cit., p. 65 s.; SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *La riforma delle misure*, cit., p. 83 s. e CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, *ivi*, p. 101 s.

²¹⁷ GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato*, cit., p. 174 e 183-184.

²¹⁸ Per una panoramica, si v. NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi*, cit., p. 13 s. e SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, cit., p. 793 s. Da ultimo, GAETA, *Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini*, in *La riforma delle misure*, cit., p. 313 il quale, a commento dell'ultima novella, ha così commentato: «la sensazione [è] che sui passaggi davvero pericolosi (abolizione integrale delle presunzioni di ogni genere; contestazioni a catena e retrodatazione della cautela; termini massimi di durata, ecc.) la riforma sia mancata».

²¹⁹ NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi*, cit., p. 21.

²²⁰ Anzi, si è notato che «quando vengono introdotte presunzioni in materia cautelare [...] il tasso di regolamentazione della fase preliminare s'innalza, eppure il sistema si torce in senso autoritario», così CAMON, *La fase che "non conta e non pesa"*, cit., p. 94.

²²¹ ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1319.

²²² GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato*, cit., p. 185.

ravvisarsi in un «giudice annichilito, in balia di un legislatore che ora lo solleva dal dovere di motivare sul sacrificio dei diritti altrui²²³, ora e per converso, tenta di preconstituire le valutazioni quasi con moduli preformati»²²⁴.

Stupisce e forse scoraggia che il legislatore, nel licenziare una novella il cui maggiore (forse, unico?) pregio sembra essere quello di voler invertire la rotta rispetto alla «devastazione compiuta dal legislatore *post codicem* in materia di libertà»²²⁵ ma che, volendo preservare i “muri portanti” dell’originaria struttura dell’incidente cautelare così come immaginata nel 1988, vede ormai prossimi e conoscibili i limiti di possibili futuri sviluppi²²⁶, non abbia saputo cogliere l’auspicio a «pensare a qualcosa di profondamente diverso» in questa materia, per rinnovare le fondamenta di un sistema che, a piccoli passi, ha finito per cedere e porre «sempre in primo piano l’interesse investigativo dell’inquirente»²²⁷.

²²³ Il riferimento è ancora all’art. 275, co. 3 c.p.p. Tra le varie giustificazioni offerte al meccanismo *de quo* – fondato su due presunzioni, ora assolute ora relative, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in relazione a una gamma di reati di estrema gravità – la più convincente si riferiva alla necessità di apprestare uno «scudo normativo» al giudice chiamato a pronunciarsi su questi *thema*, di fronte al rischio di condizionamenti cui lo stesso potrebbe essere esposto attesa la peculiarità dei delitti ivi previsti. Così GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 373, non disconoscendo comunque che l’istituto si collochi ai limiti della compatibilità con l’art. 13, co. 2 Cost. nel quale l’«atto motivato» dell’autorità giudiziaria è previsto come garanzia ai fini applicativi delle misure, non già del loro diniego. Radicalmente avverso a questa prospettiva NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi*, cit., p. 21 il quale giustamente sottolinea la criticità di un magistrato che, nel decidere una misura coercitiva, ometta di motivare in merito a presupposti fondamentali della stessa. Della stessa opinione ci pare GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato*, cit., p. 184. Critico anche AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 35, secondo cui il meccanismo ha riesumato, di fatto, la cattura obbligatoria di memoria fascista, ostacolando scelte di minore rigore nei casi in cui le esigenze cautelari, pur sussistenti, avrebbero potuto essere affrontate altrimenti.

²²⁴ GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato*, cit., p. 186 e PISTORELLI, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in *La riforma delle misure*, cit., p. 340.

²²⁵ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 18. Inversione di rotta, ci sia consentito, a cui non segue necessariamente il conseguimento dell’obiettivo. Anzi, i dati sulla popolazione carceraria – tornata a crescere stabilmente sin dal 2015 – sono lì a testimonianza della permanente urgenza di intervenire nuovamente sulla tematica della libertà personale.

²²⁶ Cfr. ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire*, cit., p. 378.

²²⁷ AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, cit., p. 374.

Capitolo II

EVOLUZIONE E CRISI DI UN'IDEA: DAL PRINCIPIO DI AUTONOMIA A QUELLO DI INTERFERENZA

Sezione I

L'ordinario condizionamento del processo di merito sul procedimento *de libertate*.

SOMMARIO: 1. L'autonomia del procedimento principale rispetto a quello *de libertate* ovvero dell'ordinario condizionamento. – 2. Il consolidamento di un dogma: l'assorbimento come punto di equilibrio tra opposte esigenze. L'esempio del giudizio immediato. – 3. (segue) Il principio di assorbimento nella lettura datane da Corte cost. n. 71 del 1996 e Cass., Sez. Un. del 2002: il decreto che dispone il giudizio prima e dopo la legge c.d. Carotti. – 4. (segue) I più recenti tracciati della giurisprudenza di legittimità. – 5. Il principio di preclusione: rilievo di metodo, coperture costituzionali e applicazioni concrete. – 6. Della misura cautelare disposta dal giudice del dibattimento e dell'art. 432 c.p.p. ovvero delle crepe nel muro dell'incomunicabilità tra procedimenti. – 7. Il “giusto procedimento cautelare”: verso il superamento del dogma?

1. L'autonomia del procedimento principale rispetto a quello de libertate ovvero dell'ordinario condizionamento.

Indagare i rapporti che si vengono a creare a causa della coesistenza del procedimento incidentale *de libertate* e del procedimento principale significa rivolgere l'attenzione a un fenomeno che, in dottrina, si fatica a cogliere appieno. Beninteso, l'elaborazione degli interpreti – specialmente a partire da talune importanti decisioni rese a Sezioni unite dalla Corte di cassazione²²⁸ – non ha mancato di approfondire specifici temi determinati dai punti d'intersezione tra l'un procedimento e l'altro alla luce del c.d. principio di preclusione²²⁹, ma la cornice sistematica entro cui queste riflessioni hanno continuato a muoversi è rimasta poco approfondita.

Essa attiene al concetto di autonomia – o di minima interferenza – tra azione cautelare e azione penale in forza del quale il giudizio di merito si ritiene debba essere – e, si è soliti aggiungere, a maggiore tutela dell'imputato – impermeabile alle valutazioni cautelari²³⁰. E ciò, si ribadisce, a esclusivo vantaggio del prevenuto al quale è assicurata la garanzia di essere giudicato nel merito da un organo non oppresso né sviato dal pre-giudizio emerso in sede cautelare, il cui compendio indiziario – non selezionato né vagliato secondo le regole euristiche del contraddittorio – è sfornito di efficacia condizionante.

Eppure, ove si volesse andare alla ricerca dell'origine di questa impostazione – pacificamente accettata dalla dottrina (quasi) unanime – si sarebbe colti dall'imbarazzo di

²²⁸ Cass., Sez. un., 20 aprile 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746; Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, *ivi*, 2006, p. 28; Sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, in *C.E.D. Cass.*, n. 235911 e Sez. un., 16 dicembre 2010, Testini, in *Guida dir.*, 2011, fasc. n. 15, p. 46.

²²⁹ Su cui, negli ultimi anni, molto si è scritto. Si rinvia, per ora, a AA.Vv., *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di Marafioti-Del Coco, Torino, 2012.

²³⁰ Cfr. CERESA-GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 834.

non sapere bene dove muovere i primi passi. Persino l'autore che con più *vis critica* ha proposto l'esigenza di tornare a occuparsi delle interferenze tra procedimento principale e procedimenti incidentali, criticando aspramente la tesi della minima interferenza, apre le sue riflessioni evocando una non meglio precisata «tradizione che si perde nel tempo»²³¹.

Eppure, un accostamento tra azione cautelare e azione penale può apparire, a una lettura meno superficiale, tutt'altro che azzardato laddove si prendano le mosse dalla legge delega n. 81 del 1987 e, in particolare, dalla direttiva n. 36.

Nell'impostazione originaria del legislatore delegante, per vero un po' contraddittoria rispetto ad altri qualificanti punti della stessa delega²³², la semplice richiesta di misura cautelare avrebbe dovuto implicare l'acquisizione dello *status* di «imputato», così evidenziandosi – al massimo grado di intensità, peraltro – la correlazione tra l'attivazione del subprocedimento *de libertate* e l'avvio del processo *strictu sensu*. Come è noto, invece, la scelta del legislatore delegato è stata di stralciare, dall'emanando art. 61 c.p.p., il riferimento *de quo*, optando per il mantenimento della coerenza sistematica in forza della quale si è collocato l'esercizio dell'azione penale all'esito delle indagini preliminari, sganciandolo del tutto da una previa istanza cautelare²³³.

Sebbene disattesa dal codificatore, la (latente) identificazione tra azione cautelare e azione penale sembra tuttavia rinvenire conferme legislative nelle più recenti novelle. In due occasioni, nel 2006 e 2008, talune modifiche parrebbero, secondo certa dottrina, segnare un ritorno al passato, rievocando addirittura un sistema in cui l'ordine di cattura del pubblico ministero implicava anche l'esercizio dell'azione penale²³⁴.

In realtà, malgrado il mantenimento della scelta originariamente coniata nell'art. 61 c.p.p., sembra manifestarsi, di recente, la volontà politica di istituire momenti di (oculato?) raccordo tra gli approdi della procedura incidentale e le determinazioni dell'inquirente in ordine all'instaurazione o meno del processo. L'architettura su cui poggia quest'ordine di idee pare ravvisarsi nella progressiva estensione all'incidente cautelare di garanzie e istituti tipici del processo principale²³⁵.

L'incidente *de libertate* è però un settore soggetto a una potenzialmente illimitata proliferazione di domande, reclami e doglianze, ciascuna origine di subprocedimenti che

²³¹ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190.

²³² Cfr., CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 481.

²³³ Criticano l'opzione dei compilatori, dal punto di vista di una possibile violazione dell'art. 76 Cost., NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 368 e MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 283. La questione giunse alla Corte costituzionale, che però la respinse con sentenza del 4 marzo 1992, n. 108, in *Giur. cost.*, 1992, p. 984.

²³⁴ Cfr. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2ª ed., Bologna, 2012, p. 346 e PRESTIERI, *Ne bis in idem e procedimento de libertate*, in *Giur. pen.*, 2009, III, c. 170.

²³⁵ Sia qui consentita una chiosa su un tema *à la page*, quale il contraddittorio “anticipato” in ambito cautelare. Oltre a quanto si è già riferito nel Cap. I, preme sottolineare un ulteriore aspetto. Anticipare il contraddittorio dinanzi al G.i.p. equivarrebbe a trapiantare nella disciplina *de libertate* l'elemento forse più fortemente caratteristico della decisione sul merito assunta all'esito del dibattimento. Il “peso”, già oggi innegabilmente elevato, dell'ordinanza che dovesse essere pronunciata “*dopo*” aver sentito il prevenuto, sarebbe destinato fatalmente ad aumentare tramutandosi in una gravosa ipoteca sulla sorte del processo. A quel punto, davvero, ogni distinzione tra pena e cautela sarebbe scaricata sulle sole esigenze *ex art.* 274 c.p.p. che, tuttavia, sembrano soffrire di cronica ineffettività, quando non addirittura di difetti genetici (in particolare, si v. la lett. c).

Cfr., circa il progressivo irrobustimento del compendio garantista in seno al subprocedimento cautelare, ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire tra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 375 s.

richiedono tempo ed energie processuali, poiché nessun divieto di *bis in idem* è normativamente previsto in questa materia.

Una simile latitanza del legislatore deriva, con tutta probabilità, dal timore di imporre barriere alle azioni difensive della persona soggetta a misure restrittive della sua libertà personale: ove sia il bene primario a essere compresso, sembra potersi leggere fra le righe, occorre garantire che il provvedimento coercitivo sia perennemente rivedibile e revocabile, laddove vengano meno i presupposti, in qualunque fase processuale ci si trovi. Ciò appare ancora più ragionevole giusto il rilievo del carattere *rebus sic stantibus* delle misure cautelari, le quali agiscono sullo *status libertatis* dell'imputato in presenza di meri indizi di colpevolezza (sebbene connotati da gravità), senza che sia ancora stato raggiunto un accertamento definitivo. Il condizionare l'avvio del processo a un parametro fluido e indefinitamente mutevole potrebbe, è innegabile, alimentare il senso di straniamento.

Tuttavia, occorre prendere atto di una marcata evoluzione del sottosistema cautelare²³⁶ rispetto alla sua concezione quale strumento di *extrema ratio* promossa dagli estensori del codice. Fattore propulsivo di questo mutamento è stata (anche) la crescente crisi del processo penale che, in ragione delle cicliche inefficienze che lo contraddistinguono, ha abdicato al ruolo di efficace strumento di contrasto alla criminalità a tutto favore dell'incidente cautelare. Sempre più spesso, anche a livello sociale, è percepito come incisivo – perché più prossimo cronologicamente al fatto – il solo intervento cautelare, dotato del crisma della immediata esecutività (e dello stigma).

Vieppiù, anche a prescindere dall'aumento delle ipotesi in cui vi si fa ricorso, la struttura dei procedimenti cautelari ha altresì raggiunto un grado di complessità ragguardevole sino a renderli veri e propri “procedimenti ombra” del giudizio di merito, al punto che le iniziative e «le impugnazioni *de libertate* si moltiplicano e fra loro si intersecano, in un groviglio talvolta inestricabile di procedimenti paralleli ben lontano dalla lineare architettura codicistica»²³⁷.

D'altronde, è questa la fisionomia più autentica di quello che è stato definito il processo penale “postmoderno”. Esso abbandona la tradizionale forma lineare per assumerne una reticolare: il procedimento di merito genera un *continuum* di subprocedimenti che si sviluppano in contemporanea, alimentando un «circuitto micidiale» per cui, da un lato, l'endemica lentezza del rito principale rende pressoché inevitabile l'attivazione dei procedimenti incidentali e, dall'altro, la massiccia presenza di questi ultimi contribuisce a dilatare il tempo necessario alla definizione del primo²³⁸.

Più che il concetto stesso di procedimento incidentale, sembra tuttavia esserne radicalmente mutato il valore a opera della codificazione del 1989. Nello spirito inquisitorio, l'architettura codicistica era di «dorica semplicità: tra procedimenti principali vigeva il giudicato *ex art. 649 c.p.p.*; tra procedimenti incidentali operava il c.d. giudicato cautelare [...]; tra procedimento principale e procedimento incidentale ecco il principio di assorbimento»²³⁹.

²³⁶ Si v., per tutti, SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso-Peroni, Piacenza, 2010, p. 793 s.

²³⁷ Così GALLUCCIO MEZIO, *Impugnazione cautelare e ne bis in idem in presenza di nuovi elementi probatori*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3367.

²³⁸ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2196.

²³⁹ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2200.

Tutto ciò era giustificato dal peso, dal valore che l'ordinamento attribuiva al procedimento incidentale cautelare: quasi nullo. In quel sistema, infatti, l'incidente era effettivamente tale. Una vera e propria parentesi, nata per gemmazione dal procedimento principale allo scopo di decidere una regiodicanda specifica e minore rispetto al *thema* di merito.

Ciò che contava era soltanto il processo, destinato a chiudersi con l'accertamento pieno sull'imputazione. A questo squilibrio di valori in gioco corrispondeva, parallelamente e coerentemente, uno squilibrio strutturale e di garanzie tra l'uno e l'altro segmento di attività. Gli incidenti, infatti, si caratterizzavano per un'estrema snellezza di forme e povertà procedurale: strutture semplificate, garanzie minimali e cognizione realmente sommaria generavano decisioni che mai avrebbero potuto condizionare il giudice del merito. Si trattava «davvero, cioè, [di] processi minori e di breve respiro»²⁴⁰.

La concezione qui brevemente esposta è tuttavia radicalmente mutata con il codice Vassalli. Non è cambiato, in realtà, lo scopo dell'incidente – che rimane “alleggerire” il processo principale della soluzione di uno specifico problema ivi sorto²⁴¹ – ma è la stessa scala valoriale ispiratrice del codice “nuovo” a non tollerare più soluzioni minimaliste del tipo di quelle vigenti sotto l'imperio del codice pregresso.

Il bene della libertà personale non permette di essere scalfito per mezzo di una giurisdizione *soft*, puramente formale, deficitaria, strutturata su forme e procedure tali da non garantire adeguatamente dal rischio di errori giudiziari o da un uso della cautela per scopi estranei ai *pericula libertatis*.

Da quest'opzione, prima politica che giuridica, è disceso un progressivo isomorfismo tra i due tipi di procedimento, *sub specie* soprattutto di garanzie del contraddittorio (pur se postumo), della motivazione e del sistema di impugnazioni.

In realtà, la trasformazione del sottosistema cautelare in un autentico «processo nel processo»²⁴² è dovuta ad altri fattori via via introdotti dalla penna del legislatore o in via pretoria. Si ponga mente, a titolo di esempio, all'annosa e mai realmente sopita questione circa la progressiva estensione di regole probatorie racchiuse nel libro III alla valutazione del *fumus commissi delicti*²⁴³ o alla elaborazione del c.d. giudicato cautelare²⁴⁴.

²⁴⁰ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2194. L'opera in dottrina che più rispecchia questa teorica è di GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, Torino, 1953, pp. 1-66 e 420 s., in particolare Sez. IV, cap. I.

²⁴¹ F. SIRACUSANO, *Procedimento incidentale de libertate: qualche riflessione sulle deviazioni dal procedimento principale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 323 s.

²⁴² Variamente in dottrina ci si è riferiti al sottosistema cautelare impiegando questa o simili locuzioni. Si v. GREVI, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura del medesimo, Padova, 1989, p. 270 e AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 17. Così anche Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 48, in *Giur. cost.*, 1994, p. 271.

²⁴³ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, p. 365-366; MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kistoris, Torino, 2002, p. 239 s.; SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in *Giusto processo: il nuovo sistema probatorio penale*, a cura di Tonini, Padova, p. 2001, p. 413 s. e DANIELE, voce *Indizi (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, Agg., X, Milano, 2017, p. 505 s. e in particolare, p. 510 s.

CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, p. 479 si riferisce all'art. 273, co. 1-bis c.p.p. con queste parole: «virtuoso l'intento, formula inabile». In giurisprudenza, infatti, sono ancora maggioritarie le sentenze aderenti a una interpretazione restrittiva della novella. Per tutte, Cass., sez. II, 13 marzo 2008, G., in *Guida dir.*, 2008, fasc. n. 18, p. 95 e Cass., 6 luglio 2007, n. 37878, Cuccaro, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4242, con nota di TODARO.

Secondo parte della dottrina, in realtà, questi fenomeni rappresenterebbero i punti di emersione di una rinnovata espressione di “garantismo inquisitorio”²⁴⁵, tali da contribuire a sfigurare l’incidente cautelare rispetto al suo epigono del 1989²⁴⁶.

Questa peculiare – e probabilmente dannosa, oltretutto inutile – “rincorsa” del sottosistema cautelare all’archetipo rappresentato dal procedimento di merito può comportare l’annacquamento di principi che, tradizionalmente, erano reputati intangibili: v’è oggi, in dottrina, chi revoca in dubbio addirittura la sommarietà della cognizione del giudice cautelare²⁴⁷, mentre anche la giurisprudenza è ormai assestata nel riconoscere l’esigenza che pure il procedimento cautelare debba essere «giusto»²⁴⁸.

Questa procedura parallela, che corre lungo binari sempre più tendenti a confondersi con quelli sui quali, contemporaneamente o meno, prosegue il giudizio principale, era originariamente stata ideata con il chiaro intento di mantenerla autonoma da quella principale²⁴⁹.

Senonché è apparso evidente sin da subito ai più che la coesistenza di due procedimenti, l’uno principale e l’altro incidentale, sviluppantisi secondo regole rese vieppiù sovrapponibili, avrebbe generato fisiologicamente «punti d’intersezione» che sarebbe stato opportuno ricomporre, pena la contraddizione dell’ordinamento con sé stesso: non è difatti tollerabile la coesistenza di due (o più) decisioni antitetiche sul medesimo tema – l’imputazione – adottate con regole e criteri di giudizio vieppiù analoghi²⁵⁰.

Il punto di equilibrio, capace di governare le intersezioni di cui si è dato conto, è stato tradizionalmente rinvenuto dalla giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, nel principio di assorbimento.

2. Il consolidamento di un dogma: l’assorbimento come punto di equilibrio tra opposte esigenze. L’esempio del giudizio immediato.

Nel sistema lineare delineato dal codice previgente l’interferenza tra i due procedimenti era minima e, laddove esistente, trascurabile. Al procedimento incidentale spettava la cognizione, certamente sommaria, di singoli atti od oggetti la cui necessità di definizione sorgeva dal procedimento principale; quest’ultimo era invece l’unico luogo deputato ad

²⁴⁴ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, in *C.E.D. Cass.*, n. 235908.

²⁴⁵ Così VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 295.

²⁴⁶ Critico NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10ª ed., Milano, 2007, p. 803, il quale ritiene che l’istituto del giudicato cautelare si giustifica soltanto perché «tende a consentire un più agevole ricorso alla motivazione *per relationem* al fine di disattendere richieste ripetitive e defatiganti». Più attenti alla necessità di distinguere tra la posizione del pubblico ministero e dell’indagato, in tema di reiterazione della medesima domanda VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 243-244 e CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, p. 219-221.

²⁴⁷ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2195.

²⁴⁸ Così, Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Spennato, in *C.E.D. Cass.*, n. 234598.

²⁴⁹ Per un’autorevole dottrina, il segno distintivo più significativo dell’autonomia spiccata del procedimento *de libertate* rispetto a quello principale è da ravvisarsi nella competenza del Tribunale del riesame a decidere sulle misure adottate, per la prima volta, persino dalla Corte d’appello. Così, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 541.

²⁵⁰ Cfr. BARGIS, *Procedimenti de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 168 e NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 287.

accertare la verità, attraverso una *cognitio plena* presidiata dalle garanzie (spesso però soltanto formalistiche) del dibattimento.

In quel quadro era naturale che affiorasse e si consolidasse il principio di assorbimento – poi trasfuso nella successiva codificazione poiché perfettamente corrispondente alla originaria ed esile struttura ideata per l'incidente cautelare – in base a cui soltanto le pronunce di merito rese nel processo principale possono esplicitare autentica forza preclusiva sul procedimento incidentale in quanto sorrette da valutazioni incomparabilmente più approfondite e «di tale incisività» da assorbire, appunto, il rinnovato apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza (o di altri *thema* afferenti all'incidente *de libertate*)²⁵¹.

Dalla costruzione dei rapporti tra i procedimenti nei termini riportati sarebbe scaturito un corollario deputato a scolpire i complessivi equilibri della materia: l'interferenza *de qua* opera in via unidirezionale (dal procedimento principale all'incidentale), non essendo concepibile che una decisione assunta all'esito di un intervento giurisdizionale meno strutturato possa riverberare effetti pregiudicanti sul processo di merito.

Questa tipologia di condizionamento ordinario rinviene, in effetti, punti di emersione in plurime norme del nuovo codice di procedura. Talune, come l'art. 275, co. 1-*bis* e 2-*ter* c.p.p. sono già state citate nel capitolo precedente. Qui basterà ricordare come esse costituiscano espressa codificazione del principio in esame, in senso chiaramente peggiorativo per il condannato: la gravità indiziaria resta, infatti, assorbita naturalmente dalla valutazione di cui alla sentenza di condanna, pronunciata in esito al primo grado o al giudizio di appello²⁵², così precludendone al giudice della cautela la rivalutazione²⁵³. Egli, dunque, sarà chiamato a concentrarsi soltanto sui *pericula libertatis*²⁵⁴.

L'esempio più evidente di condizionamento è però ravvisabile nell'art. 300 c.p.p. Questa disposizione collega l'estinzione della misura cautelare – caducazione che si verifica di diritto, cioè automaticamente al solo verificarsi dei relativi presupposti²⁵⁵ – alla pronuncia di determinati provvedimenti nel procedimento principale (archiviazione, sentenza di non luogo a procedere, proscioglimento e condanna a pena estinta, sospesa e inferiore o pari al presofferto), reputati idonei ad assorbire ogni ulteriore valutazione cautelare²⁵⁶.

Al verificarsi di simili circostanze, l'ordinamento preclude la rinnovata valutazione della gravità indiziaria. Laddove l'esame dell'intero fascicolo d'indagine, in sede di procedura archiviativa o di udienza preliminare, sia tale da confermare l'inidoneità degli elementi raccolti a sostenere l'accusa in giudizio, il procedimento incidentale – attivato poggiandosi solo sugli atti raccolti unilateralmente, previa selezione del pubblico ministero – perde

²⁵¹ Corte cost., 15 marzo 1996, n. 71, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1215, con commento critico di SANNA e in *Giur. cost.*, 1996, p. 669 e s., con nota di SCOMPARI, *La rivalutabilità dei gravi indizi di colpevolezza dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio: una sentenza additiva che riscopre alcuni capisaldi del rito penale*.

²⁵² CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, p. 382. Si rinvia al Cap. I, par. 6.

²⁵³ Così anche in giurisprudenza, v. Cass., 14 luglio 2006, B., in *Cass. pen.*, 2007, p. 3822.

²⁵⁴ BRICHETTI, *Arresti domiciliari: blocco di cinque anni se si evade*, in *Guida dir.*, 2001, fasc. n. 16, p. 50 e NEGRI, *Il rapporto tra misure cautelari e sospensione dell'esecuzione della pena alla luce della presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 203 s.

²⁵⁵ GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 415.

²⁵⁶ GIUS. AMATO, *Commento all'art. 300*, in *Commentario del nuovo codice*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, III, pt. II, 1990, p. 159 e MANZIONE, *Commento all'art. 300*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 218.

ragion d'essere²⁵⁷. In altri termini, l'ordinamento reputa logicamente impossibile predicare al contempo l'inidoneità degli elementi investigativi all'esercizio dell'azione penale e la sussistenza del *fumus cautelare* e, a maggior ragione, la compatibilità degli stessi con una sentenza dagli esiti proscioglitori.

In effetti, nonostante si adoperi l'immagine del reticolato e non più quella delle linee parallele per descrivere il processo penale attuale²⁵⁸, secondo la dottrina maggioritaria *ratio*, struttura e finalità del procedimento incidentale renderebbero, già su di un piano astratto, «difficile l'ipotesi che la diramazione collaterale assuma ampiezza e importanza tali da porre il problema delle possibili influenze sulla vicenda principale»²⁵⁹.

La codificazione del 1989 sembrava, dunque, muoversi in questo retroterra culturale, condiviso successivamente anche dalla giurisprudenza di legittimità che, a metà degli anni novanta, si è pronunciata plurime volte nella composizione più autorevole per scolpire i rapporti di interferenza alla luce del principio in esame.

Sebbene l'argomento oggetto del più intenso dibattito abbia attinto al rapporto tra la valutazione di gravità indiziaria e il decreto che dispone il giudizio *ex art. 429 c.p.p.*, gli interpreti hanno avuto possibilità di saggiare la tenuta del principio di assorbimento o continenza anche in relazione all'instaurazione del giudizio immediato su richiesta dell'inquirente.

Benché sia rimasto un tema meno sottoposto all'attenzione degli interpreti, la giurisprudenza si è interrogata se l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza – *rebus sic stantibus* – divenisse incontestabile, cioè a dire se la loro valutazione fosse preclusa una volta emesso il decreto *ex art. 453 c.p.p.* sul presupposto che l'«evidenza della prova» ne assorbisse la previsione.

La Corte di cassazione a sezioni riunite²⁶⁰, in un *obiter dictum* che tuttavia ha condizionato le pronunce del ventennio successivo, non ha neppure ritenuto doveroso prodigarsi in un'analitica motivazione circa la (supposta) efficacia preclusiva che, evidentemente, «doveva apparire addirittura ovvia»²⁶¹. La possibilità di rimettere in discussione la gravità indiziaria cautelare è stata quindi esclusa laddove la fase del giudizio fosse instaurata nelle forme del giudizio immediato, presupponendo l'evidenza della prova – verificata dal giudice per le indagini preliminari *ex artt. 453 e 455 c.p.p.* – una prognosi di pregnanza tale da assorbire, precludendola, ogni ulteriore trattazione della materia.

Questo condizionamento unilaterale è spiegato mediante il ripudio, come un anno più tardi avrebbe statuito anche la Corte costituzionale, di una teoria estremizzata del principio di autonomia dei procedimenti. La pretesa, in altri termini, di assoluta separatezza o impermeabilità totale del procedimento incidentale rispetto a quello principale implicherebbe il paradosso di indurre a ritenere la possibilità di tornare a statuire sulla sussistenza del *fumus commissi delicti*, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., in qualsiasi momento del processo con evidenti antinomie e squilibri di sistema.

²⁵⁷ CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1377.

²⁵⁸ L'idea, come noto, è di IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2196.

²⁵⁹ CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 369.

²⁶⁰ Cass., Sez. un., 27 ottobre 1995, Liotta, in *Cass. pen.*, 1996, p. 776. Conf. Cass., 21 marzo 1994, Bonifati, *ivi*, 1994, p. 2745; Cass., 16 febbraio 1994, Marando, *ivi*, 1994, p. 2747.

²⁶¹ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 306.

Senonché, la giurisprudenza successiva – coadiuvata dalla dottrina maggioritaria²⁶² – si è avveduta di quanto poco pacifica fosse la soluzione individuata nel pur autorevole arresto di metà degli anni novanta²⁶³. In effetti, in questa come nell'ipotesi del decreto che dispone il giudizio all'esito dell'udienza preliminare, a far propendere l'interprete sensibile al *favor libertatis* verso una soluzione opposta rispetto a quella citata sarebbe bastato porre attenzione al corredo garantistico (non) presente nel decreto *ex art.* 455 c.p.p. E esso, infatti, essendo costruito sul modello dell'art. 429 c.p.p., risulta del tutto privo di motivazione²⁶⁴.

Dunque, il profilo di evidenza probatoria risulta accertato, una volta per tutte, dal giudice per le indagini preliminari, senza possibilità di contestazione postuma²⁶⁵. Ebbene, laddove questo atto sia reputato idoneo a gettare un'ombra condizionante il giudice della cautela, richiesto successivamente di disporre per la prima volta una misura coercitiva o di modificarla, *in melius* ovvero *in peius*, il trattamento, si assisterebbe a un intervento *de libertate* in totale assenza di qualsivoglia motivazione sul *fumus*, in spregio all'art. 13, co. 2 Cost.

A ben vedere, però, il perno del ragionamento ruota attorno al concetto di «evidenza». L'interprete sarà portato a concordare con la tesi sposata dall'autorevole precedente – pur se in controtendenza rispetto alla dottrina più autorevole²⁶⁶ – laddove la pregnanza probatoria idonea a introdurre l'azione penale nelle forme del rito speciale *ex auctoritate* sia ritenuta equivalente, quantitativamente e qualitativamente, alla valutazione sottesa al *thema* cautelare di cui all'art. 273 c.p.p.

Ove, invece, si tendesse a porre l'accento sulla valenza “dinamica” del giudizio sotteso all'esercizio dell'azione penale – nella forma pure contratta del rito immediato – la nozione di evidenza assumerebbe un'accezione esclusivamente quantitativa ovvero di maggiore probabilità di condanna, in una ideale scala di gradazione rispetto all'art. 429 c.p.p.²⁶⁷, con riferimento al quale lo «scrupolo» della stessa udienza preliminare scadrebbe a connotato di mera superfluità²⁶⁸.

Sulla nozione che qui ci impegna è però tornata a esprimersi, più di recente, la Corte di cassazione nella composizione allargata²⁶⁹. Chiamata a risolvere un contrasto sorto in punto di termine per la richiesta introduttiva del rito immediato, la sentenza pare propendere per una ricostruzione in chiave prognostica dell'evidenza della prova. Essa è declinata quale prognosi sulla sostenibilità dell'accusa in giudizio e inutilità della celebrazione dell'udienza preliminare, sancendo così il definitivo tramonto dell'indirizzo giurisprudenziale originatosi con l'arresto del 1995 e ponendosi, così ci pare di poter sostenere, nella scia della soluzione

²⁶² Per tutti, NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 306-307 e CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 401.

²⁶³ Per esempio si v. Cass., 13 giugno 2003, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 430.

²⁶⁴ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 659.

²⁶⁵ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 659.

²⁶⁶ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 656-657 che, nel descrivere il concetto di «evidenza» della prova di reità neppure accenna al possibile sovrapporsi dello stesso con il tema dei gravi indizi cautelari. Dello stesso tenore CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1069.

²⁶⁷ Cfr. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 584.

²⁶⁸ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 657.

²⁶⁹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, in *Cass. pen.*, 2015, p. 989 s. con nota di VARRASO e di BOSCO.

accolta in merito al rapporto tra la gravità indiziaria e il decreto che dispone il giudizio ordinario.

3. (segue) *Il principio di assorbimento nella lettura datane da Corte cost. n. 71 del 1996 e Cass., Sez. un. del 2002: il decreto che dispone il giudizio prima e dopo la legge c.d. Carotti.*

Il consolidamento del principio di assorbimento, quale punto di equilibrio tra opposte esigenze, si deve tuttavia a talune pronunce che hanno messo a fuoco i rapporti tra l'incedere della vicenda cautelare e un preciso momento dell'*iter* di merito: il decreto che dispone il giudizio *ex art.* 429 c.p.p.

Il tema che ci occupa prende le mosse da un divario di posizioni sorto tra sezioni unite e Corte costituzionale intorno alla metà degli anni novanta, in merito all'interpretazione dell'*art.* 425 c.p.p.

Un consistente filone giurisprudenziale²⁷⁰, individuando nel decreto di rinvio a giudizio una valutazione sufficientemente completa del materiale indiziario, lo riteneva idoneo a precludere ogni futuro apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza a opera del tribunale della libertà e, sebbene in molte delle pronunce non venisse specificato, anche del giudice competente a statuire sulle richieste di revoca e sostituzione *ex art.* 299 c.p.p.

In altre parole, il provvedimento di rinvio a giudizio comportava sì la *traslatio iudicii*, ma avrebbe presupposto altresì un accertamento positivo dei profili che conducono a una probabile affermazione di responsabilità, ricomprendendo in sé e dunque assorbendo quella «qualificata probabilità di colpevolezza» necessaria affinché possa rilevarsi un *fumus commissi delicti*.

Il c.d. diritto vivente faceva all'epoca leva sulla potenziata funzione di filtro dell'udienza preliminare, resa possibile dalla legge 8 aprile 1993, n. 105, a seguito dell'abrogazione dell'aggettivo «evidente» dal testo dell'*art.* 425 c.p.p. Così determinandosi, il legislatore aveva inteso allargare le maglie della sentenza di non luogo a procedere, prima confinata alle ipotesi di solare innocenza dell'imputato, onde perseguire uno snellimento ulteriore del dibattimento²⁷¹, in un'ottica complementare alla pronuncia n. 88 del 1991 della Corte costituzionale e al criterio di superfluità o meno dell'accertamento dibattimentale²⁷².

Eppure, in una singolare ipotesi di eterogenesi dei fini, le sezioni unite citate hanno ritenuto che quella modifica fosse idonea, di per sé, a mutare il rilievo della valutazione di merito insita al decreto che dispone il giudizio: esso era da annoverare tra le statuizioni adottate nell'ambito del processo principale a fondamento della quale era posta, in modo più o meno esplicita, la sussistenza di una piattaforma probatoria da cui desumere un quadro di gravità indiziaria che, in assenza di *nova*, sarebbe stato idoneo a precludere la rivalutazione dei gravi indizi di colpevolezza²⁷³.

²⁷⁰ Cass., Sez. un., 25 ottobre 1995, Liotta, cit. Conf. Cass., 21 marzo 1994, Bonifati, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2745; Cass., 16 febbraio 1994, Marando, *ivi*, 1994, p. 2747.

²⁷¹ DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l'emissione del decreto di rinvio a giudizio: le Sezioni unite ricompongono il quadro giurisprudenziale tra pronunce della Corte costituzionale e arrets di legittimità*, in *Cass. pen.* 2003, p. 407-408.

²⁷² GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2^a ed., Torino, 1994, p. 35 s. e, in particolare, p. 39-40.

²⁷³ Nello stesso senso, poco dopo, Cass., 12 marzo 1996, Prudentino, in *C.E.D. Cass.*, n. 204021.

Il giudice delle leggi ha però confutato con forza questa affermazione²⁷⁴, rimarcando come la cognizione del giudice dell'udienza preliminare non sia impostata «secondo un canone, sia pure prognostico, di colpevolezza o di innocenza», ma piuttosto «sulla ritenuta necessità di consentire nella dialettica del dibattimento lo sviluppo di elementi non ancora chiariti». La pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere è (era, per lo meno) cioè limitata ai casi in cui il passaggio al dibattimento risulti palesemente superfluo e dunque può ben darsi il caso di un rinvio a giudizio basato su prove insufficienti e contraddittorie, a patto tuttavia che si ritenga che l'istruttoria dibattimentale possa essere dirimente nel superamento di tale quadro di incertezza.

Quanto delineato dalla Corte è riassumibile nella nota concezione della sentenza di non luogo a procedere quale esempio di provvedimento meramente processuale, dalla quale prescinderebbe ogni valutazione di merito. La verifica a cui è preposto il relativo giudice sarebbe, difatti, afferente a un piano squisitamente processuale essendo chiamato a decidere non già sul merito della regiodicanda bensì, più pianamente, sull'ammissibilità o meno della domanda di giudizio.

La Corte costituzionale afferma inoltre che sarebbe impensabile sostenere, come emergeva invece dalla coeva giurisprudenza di legittimità, una rigida autonomia del procedimento incidentale rispetto a quello di merito. Questa porterebbe «alla paradossale conseguenza di ritenere possibile la rivalutazione del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza in qualsiasi momento del processo e, dunque, anche dopo l'eventuale intervento di una sentenza di condanna»; la stessa precisa infatti come tale forza preclusiva possa attribuirsi soltanto a quelle decisioni che recano in sé un incisivo apprezzamento sul merito, ossia, tendenzialmente alle sole sentenze di condanna, anche se non definitive.

Così delineata la natura della sentenza²⁷⁵, ne è discesa l'impossibilità che un provvedimento di tale minimo spessore – destinato, cioè, a null'altro se non a delibare l'utilità o meno del passaggio alla fase del giudizio – potesse condizionare in alcun modo il giudice della cautela.

L'imperativo che svetta a conclusione di questo percorso argomentativo è teso a indirizzare, in effetti, verso una massima riduzione delle preclusioni esercitabili dal processo di merito sull'incidente cautelare, giacché in caso contrario s'introdurrebbe un limite «irragionevolmente discriminatorio e al tempo stesso gravemente lesivo del diritto di difesa, per di più proiettato verso la salvaguardia di un bene di primario risalto qual è quello della libertà personale»²⁷⁶.

In effetti, il ragionamento svolto dalla Corte costituzionale, per quanto da taluno ritenuto criticabile²⁷⁷, poggiava sulla – e rinveniva la propria *condicio sine qua non* nella – estrema “leggerezza” del controllo operato dal giudice dell'udienza preliminare. Tanto più si costruisce un filtro contro le imputazioni azzardate *light* o a maglie larghe, proteso a vagliare la sola prognosi di utilità del dibattimento in chiave di totale estraneità dell'imputato a

²⁷⁴ Corte Cost., sent. 15 marzo 1996, n. 71, cit.

²⁷⁵ La lettura processualistica del non luogo a procedere è stata confermata dalla Corte costituzionale con la sent., 31 maggio 1996, n. 175, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1614 s.

²⁷⁶ Di conseguenza, occorrerebbe *a fortiori* evitare preclusioni “interne” al procedimento *de libertate*, sempre nell'ottica di garantire il costante adeguamento della condizione dell'imputato alle più recenti risultanze processuali. In tal senso BARGIS, *Procedimenti de libertate e giudicato cautelare*, cit., p. 172-174.

²⁷⁷ SANNA, *Decreto di rinvio a giudizio e controllo sugli indizi di colpevolezza*, cit., p. 1218 definisce una «mistificazione» l'asserita neutralità della valutazione in cui sfocia l'udienza preliminare; cfr. bibliografia ivi citata.

ipotesi di reità (in assenza di strumenti istruttori, anche officiosi), quanto più si facilitano letture escludenti assorbimenti della valutazione cautelare in quella deliberazione.

Gli interpreti hanno, come noto, avuto occasione di saggiare la tenuta delle conclusioni raggiunte nel biennio 1995-1996 in seguito a un'ulteriore – e questa volta più organica, seppure non priva di potenzialmente gravi ripercussioni sistematiche²⁷⁸ – riforma dell'udienza preliminare, avvenuta per effetto della legge 16 dicembre 1999, n. 479 (legge c.d. Carotti)²⁷⁹.

Con la riscrittura dell'art. 425, co. 3 c.p.p. nella versione attualmente in vigore, è apparso chiaro sin da subito il (tendenziale) riproporsi delle medesime problematiche che, nei mesi immediatamente successivi al varo del nuovo codice, hanno interessato l'art. 125 att. c.p.p.

Il problema, cioè, della consistenza del sostrato probatorio necessario ai fini del rinvio a giudizio non pare più eludibile, dal momento che la sostenibilità dell'accusa dovrebbe comportare, oggi, la ritenuta elevata probabilità, seppur all'esito di una valutazione prognostica, che il pubblico ministero ottenga un'affermazione di responsabilità dell'imputato. Laddove, invece, all'esito dell'udienza preliminare, l'accusatore (e con lui il giudice dell'udienza preliminare) fosse consapevole che il quadro probatorio non potrebbe arricchirsi di determinanti elementi *contra reum* dovrebbe optare per la non instaurazione del dibattimento²⁸⁰, trattandosi di una situazione che osta al «ritenere altamente probabile la condanna finale», precludendo altresì «il ricorso alle misure cautelari personali»²⁸¹.

Alcuni commentatori di certo non insensibili ai valori garantistici patrocinati dalla originaria codificazione ebbero tuttavia modo di sottolineare, per questa via, il progressivo e inquietante avvicinamento della valutazione di sintesi operata dal giudice dell'udienza preliminare al giudizio di colpevolezza²⁸² e, in ultima analisi, a un ineludibile apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza²⁸³.

Il tutto, per di più, supportato dalla possibilità del giudice di muoversi in una dimensione attenta alla rimozione delle eventuali incompletezze riscontrate in fase investigativa, se del caso anche *ex officio*.

È evidente, dunque, la possibile contraddizione di tali interpretazioni con i principi espressi dalla sentenza n. 71 del 1996. I presupposti da cui essa muoveva – la natura meramente processuale della sentenza di non luogo a procedere, il conseguente ridotto “peso

²⁷⁸ NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.

²⁷⁹ Si v. GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, p. 93 s. e SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2812 s. In realtà, un intervento fondamentale per il tema che qui si indaga è rappresentato anche dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 58 su cui si avrà modo di tornare per evidenziare l'aspetto più rilevante ai fini della presente tematica.

²⁸⁰ Così BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1148 e, per quanto attiene all'archiviazione, GIOSTRA, *L'archiviazione*, Torino, 1994, p. 37.

²⁸¹ MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 66.

²⁸² Così DE LUCA, *Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M.*, 3 febbraio 2001, *L'udienza preliminare: gli standards probatori per il rinvio a giudizio e i poteri d'impulso del g.i.p.* e, pur con varie sfumature, GIARDA e AMODIO, in *La nuova udienza preliminare*, cit.

²⁸³ GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 441. *Contra*, ci pare di capire, GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 584, secondo la quale se così fosse il decreto costituirebbe una «fortissima ipoteca sul convincimento del giudice dibattimentale». Più dubbioso ILLUMINATI, *Giudizio*, *ivi*, p. 701.

valutativo” e la focalizzazione su una delibazione di mera non inutilità del dibattimento, in presenza di un quadro investigativo pure contraddittorio e incompleto – rischiano di venire meno per effetto del robusto potenziamento (nelle intenzioni legislative) della funzione di filtro dell’udienza preliminare.

Di questa trasformazione del segmento *de quo* pare essersi avveduta persino la stessa Corte costituzionale che, a partire dal 2001, ha iniziato un progressivo ripensamento di quelli che, nel decennio precedente²⁸⁴, parevano principi scolpiti nella pietra²⁸⁵. Il giudice delle leggi ha affermato che, «a seguito delle importanti modifiche [di cui alla l. Carotti – ndr.], l’udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della quantità e qualità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, e, infine, per ciò che attiene alla più estesa gamma delle decisioni che lo stesso giudice è chiamato ad adottare».

Tale mutata prospettiva è significativamente avvalorata dalla modifica dell’art. 34, co. 2-*bis* c.p.p. che, all’esito di un accidentato percorso interpretativo che ha visto la stessa Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi numerose volte nel corso degli anni, ha sancito l’incompatibilità a tenere l’udienza preliminare di quel giudice persona fisica che, nel medesimo procedimento, abbia già svolto le funzioni di giudice per le indagini preliminari²⁸⁶.

L’idea che se ne desume²⁸⁷ è che riconoscere e consacrare – correttamente – l’elevato valore della funzione giurisdizionale in fase di indagini preliminari in generale e *a fortiori* nelle ipotesi in cui essa veste i panni della giurisdizione *de libertate*²⁸⁸ – tanto che quel giudice consuma lo spazio di un proprio intervento successivo a cagione del pregiudizio che si è venuto a creare – non può che accrescere i rischi di una ricaduta indiretta del peso della decisione incidentale sul giudizio di responsabilità dell’imputato e, per quello che qui rileva, anche sull’udienza preliminare. In altri termini, è come se il legislatore avesse dichiarato che non ci si può “fidare” di un giudice dell’udienza preliminare che abbia già seguito, *step by step*, l’evoluzione delle indagini nei panni di giudice per le indagini preliminari e ciò per via del pregiudizio che si è inevitabilmente formato sul merito dell’accusa. Tuttavia, questa sfiducia – è da ritenere – sarebbe pienamente giustificata solo in quanto anche l’attività cui presiede il giudice dell’udienza preliminare sia reputata affatto neutra e di taglio non meramente processuale: la garanzia dell’imparzialità del giudicante è, difatti, opportuno

²⁸⁴ Corte cost., ord., 4 giugno 2001, n. 185, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 978, ancora si esprimeva in senso sostanzialmente sovrapponibile al precedente del 1996.

²⁸⁵ L’*overruling* si deve a Corte cost., 6 luglio 2001, n. 224, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1955, con note di RIVELLO e SPANGHER. Orientamento poi confermato da Corte cost., 12 luglio 2002, n. 335, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3297 s.

²⁸⁶ Cfr. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 385, nt. 40 e DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l’emissione del decreto di rinvio a giudizio*, cit., p. 419.

²⁸⁷ Pur se ridimensionata da Corte cost., 21 novembre 2006, n. 384 in *Giur. cost.*, 2006, p. 4013 s. secondo cui l’udienza preliminare si qualifica ormai per rilevanti momenti di giudizio, di natura non meramente processuale, ma ciò non vale ancora – e nessuno ne ha mai dubitato fondatamente – a elidere le marcate differenze contenutistiche rispetto alla fase dibattimentale.

In argomento, volendo, si v. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 200 s. il quale, a fronte della perdurante incertezza interpretativa circa le categorie di “rito” e di “merito”, ne propone il superamento a favore di un “terzo genere” di decisione, alla quale la sentenza di non luogo apparterrebbe (p. 205 s.) imperniato sul concetto di “rilevanza” probatoria in funzione dello scopo assegnato dalla legge.

²⁸⁸ Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1401 s., con nota di MAZZA.

prevederla soltanto laddove lo stesso sia chiamato a esprimere una valutazione di merito, “pesante”; altrimenti non avrebbe senso, risolvendosi in un appesantimento amministrativo-burocratico di non poco momento²⁸⁹.

La valutazione che il legislatore impone sia compiuta da un giudice diverso da colui che ha seguito l’*iter* fino a quel momento attiene a un giudizio non già di colpevolezza, ma di probabile affermazione di quella nel prossimo dibattimento²⁹⁰.

E infatti, secondo un filone interpretativo divenuto sempre più ingente, l’udienza preliminare avrebbe cessato di rappresentare un luogo “neutro” o dal rilievo meramente processuale, al punto che il legislatore – recuperando con un decennio di ritardo l’impostazione suggerita dai codificatori circa la differenza profonda di attribuzioni che corre tra giudice per le indagini e giudice dell’udienza preliminare – reputa oggi inopportuno che il secondo ruolo sia ricoperto da un magistrato che ha già svolto le funzioni del primo, in quanto non più dotato di una mente vergine.

Ebbene, una tale preoccupazione si può cogliere e condividere solo ove si muova dall’assunto – invero rivoluzionario degli equilibri di cui qui si dà conto – che anche l’udienza preliminare abbia assunto al rango di fase all’esito della quale l’apprezzamento nel merito è aspetto qualificante la funzione giurisdizionale, ormai del tutto priva di ogni elemento di sommarietà e semplificazione²⁹¹.

Questo *excursus*, pur se sinteticamente tracciato, degli sviluppi sia legislativi che giurisprudenziali, sembrerebbe prodromico a un riassetto interpretativo nella speranza di rinvenire un definitivo equilibrio.

In effetti, negli stessi anni in cui Corte costituzionale e Corte di cassazione, anche a sezioni unite, si pronunciavano circa la rinnovata fisionomia assunta dall’udienza preliminare, la questione dell’assorbimento o meno dei gravi indizi cautelari nel decreto *ex* art. 429 c.p.p. tornava, nuovamente, all’attenzione della Corte di cassazione nella sua componente più autorevole, adita al fine di ricomporre in via definitiva un contrasto ermeneutico che faticava a trovare soluzioni univoche²⁹².

Nonostante tutto sembrasse propendere per un *revirement* dell’autorevole precedente del 1995 (sentenza Liotta), la Corte di cassazione – con una sentenza redatta da un magistrato destinato a diventarne Primo Presidente – ebbe modo di confermare il proprio maggioritario orientamento²⁹³, con la condivisione di gran parte della dottrina²⁹⁴.

²⁸⁹ Cfr. RIVELLO, *L’incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996.

²⁹⁰ DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l’emissione del decreto di rinvio a giudizio*, cit., p. 420.

²⁹¹ Così si esprime Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, n. 31312, P.G. in proc. D’Alterio, in *DeJure*. Si v. altresì CASSIBBA, *L’udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, 2007.

²⁹² Per una disamina precisa del contrasto sorto in seno alla Corte di cassazione, si v. DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1 c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3489 s., nota critica a Cass., 14 novembre 2000, n. 10657, Tavanzhiu, *ivi*, p. 3485 s.

²⁹³ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 39915 (rel. Canzio), Vottari, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1014 s., con nota di DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, p. 1027 s.; in *Cass. pen.*, 2003, p. 396 s., con nota di DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l’emissione del decreto di rinvio a giudizio*, cit. e in *Giur. it.*, 2004, p. 364 s., con nota di CAREDDA, *Decreto di rinvio a giudizio e «riesame» della misura cautelare personale*, p. 829 s.

²⁹⁴ Concorda con la soluzione offerta dalla Corte di legittimità ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 405-406; più dubbioso, invece, GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 441.

La sentenza, dopo aver ripercorso l'evoluzione della problematica in oggetto, si sofferma sull'elemento di più forte novità (la legge c.d. Carotti) e, ammettendo che si tratti di «significative modifiche», riconosce – come d'altronde la di poco precedente sentenza costituzionale n. 185 del 2001 lasciava intuire – la «progressiva marginalizzazione della configurazione quale momento “processuale”, fondamentalmente orientato al controllo dell'azione penale promossa dal p.m. in vista dell'apertura della fase del giudizio, e, per contro, il suo avvicinamento ai segmenti di uno sviluppo procedimentale in cui, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice deve disporre e per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova, è stimolata la valutazione del “merito” dell'accusa»²⁹⁵. Eppure, la sentenza Vottari ha ritenuto di dover confermare il nucleo centrale del *dictum* costituzionale n. 71 del 1996. E ciò per plurime ragioni, di ordine essenzialmente logico-sistematico.

In primis, la Corte ha ribadito che gli «strappi acceleratori» di cui si è dato conto verso un vero e proprio momento valutativo di merito non avrebbero «influito sulla struttura dell'udienza preliminare», tuttora ancorata alla regola di giudizio secondo cui il proseguimento del processo postula la verifica positiva della sola sostenibilità dell'accusa in giudizio e, con essa, dell'effettiva o potenziale utilità del dibattimento.

A tal fine, nucleo qualificante della valutazione di tipo prognostico è il suo oggetto nonché il metodo di analisi. L'incremento della piattaforma probatoria, in un'ottica di completezza delle indagini speculari a quanto statuito nella sentenza n. 88 del 1991, legittima il giudice dell'udienza preliminare a «muoversi implicitamente anche nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato», ma la regola fondamentale di giudizio, di tipo prognostico, resta legata al maggior grado di probabilità e di successo della prospettazione accusatoria e all'effettivo bisogno o utilità del passaggio dibattimentale (in ciò completando il filtro di cui all'art. 125 att. c.p.p.).

In secundis, i presupposti probatori assicurati all'imputato dal giudizio sugli indizi di colpevolezza, poi trasfusi nell'ordinanza applicativa, non sono paragonabili a quelli che si rinviengono nell'epilogo dell'udienza preliminare.

Il modello normativo di riferimento – composto dagli artt. 273, co. 1 e co. 1-bis²⁹⁶, 292, co. 2, lett. c e c-bis e co. 2-ter e 309 c.p.p. – postula, al di là delle ridondanze o incongruenze di cui si è pur dato conto nel capitolo precedente, la rigorosa selezione dei casi di esercizio del potere coercitivo, informato a massima prudenza²⁹⁷, mediante il riferimento a situazioni

²⁹⁵ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, n. 39915 (rel. Canzio), Vottari, cit., p. 401. Sul principio di completezza delle indagini, si v. POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del «giudice preliminare»*, in Arch. n. proc. pen., 2001, p. 476 s.

²⁹⁶ Ove si può cogliere la tendenza a ridurre sempre più la “forbice” tra il criterio di accertamento e valutazione della prova a fondamento del giudizio di certezza della responsabilità e quello probabilistico di colpevolezza sotteso all'incidente cautelare. Così, DIOTALLEVI, *La possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l'emissione del decreto di rinvio a giudizio*, cit., p. 422.

²⁹⁷ Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131, in Foro it., 1996, I, p. 1489 s. la quale così si esprime: «le linee direttive della Costituzione in tema di *favor libertatis* pretendono che le valutazioni compiute dal giudice ai fini dell'adozione di prudenza su una ragionevole e consistente probabilità di colpevolezza e quindi di condanna dell'imputato, prevedendosi perciò un incisivo giudizio prognostico, tanto lontano da una sommaria delibazione e tanto prossimo a un giudizio di colpevolezza, sia pure presuntivo poiché condotto allo stato degli atti e non su prove ma su indizi». Questa sentenza è importante perché esprime, in maniera chiara, un concetto che nella riflessione generale tende a rimanere un po' in ombra, ovvero quello della naturale componente prognostica insita nella valutazione cautelare. Si è soliti, invece, rinvenire riferirsi alla valutazione sottesa all'ordinanza cautelare come un esempio di funzione “statica”, in antitesi a quella “dinamica” sottesa alla *traslatio iudicii*.

sì indiziarie ma «obiettivamente consolidate e idonee a sorreggere il giudizio prognostico di responsabilità», ancorché condotto allo stato degli atti e basato non su prove bensì su meri indizi²⁹⁸. A quest'ottica rigorosa rimane, invece, del tutto estranea ogni valutazione di strumentale sufficienza dell'atto allo scopo, ossia l'utilità del dibattimento per la *traslatio iudicii*.

Da ultimo, e per concludere, il corredo garantistico previsto nel settore delle cautele personali ha ben altra consistenza qualitativa e quantitativa rispetto a quello ideato in sede di emissione del decreto di rinvio a giudizio. Le garanzie costituzionali di cui agli artt. 13, co. 2 e 111, co. 7 Cost. pretendono sia un'esaustiva e logica motivazione della sussistenza in positivo dei singoli presupposti applicativi, sia la possibilità di riesaminare (anche nel merito, secondo la direttiva 59.7 della legge delega del 1987) il provvedimento applicativo.

È evidente che il decreto *ex art.* 429 c.p.p. difetta di entrambi, con il che la rilevata asimmetria delle garanzie contenutistiche e procedurali assicurate dai distinti giudizi impedisce – di per sé – di riconoscere equivalenze di sorta o sovrapponibilità della valutazione compiuta in sede di udienza preliminare rispetto a quella demandata al giudice cautelare. Predicare un condizionamento di quest'ultimo ai risultati raggiunti in quella sede equivarrebbe a legittimare gravi elusioni delle garanzie erette dall'ordinamento a tutela della libertà personale dell'imputato.

Tuttavia, la ragione fondamentale secondo cui la pronuncia delle Sezioni unite merita di essere condivisa²⁹⁹ è che, a voler aderire alla tesi opposta e minoritaria secondo cui per effetto della legge c.d. Carotti l'ambito cognitivo e decisorio del giudice dell'udienza preliminare sarebbe sostanzialmente sovrapponibile a quello del giudice del merito, i rischi di un pre-giudizio³⁰⁰ schiacciante l'imputato non prosciolti *ex art.* 425 c.p.p. e, con sé, di uno svilimento dell'imparzialità del giudice del dibattimento sarebbero stati evidenti³⁰¹. Così come palese sarebbe stata la torsione inquisitoria del sistema in uno dei suoi snodi fondamentali.

Lo sviluppo di questo ordine di idee avrebbe generato un sillogismo inquietante, secondo cui preso atto che (a) la valutazione sottesa al giudizio cautelare attiene a un'approfondita valutazione di merito circa la qualificata, elevata probabilità di condanna dell'imputato e che (b) l'udienza preliminare si è trasformata in un giudizio che sfocia in un decreto dai peculiari

²⁹⁸ Le sezioni unite cit., p. 403, scolpiscono una definizione di gravità indiziaria a fini cautelari destinata a divenire celebre: «i gravi indizi di colpevolezza vanno individuati in quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, sia diretti che indiretti, i quali – resistendo a interpretazioni alternative e contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono di per sé a dimostrare oltre ogni dubbio l'attribuibilità del reato all'indagato con la certezza propria del giudizio di cognizione, e tuttavia, quantitativamente e qualitativamente apprezzati nella loro consistenza e nella loro coordinazione logica, consentono di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza». Così riprendendo una formulazione già contenuta *in nuce* in Cass., Sez. Un., 21 aprile 1995, Costantino, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2840 s.

²⁹⁹ Pur se con talune riserve, su cui per es. v. VARONE, *Gli epiloghi decisori dell'udienza preliminare e i loro rapporti con la verifica della gravità indiziaria nel procedimento de libertate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1021 s.

³⁰⁰ CALAMANDREI, *Criteri di giudizio e provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 10. Opzione ritenuta inammissibile da DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 290.

³⁰¹ CAREDDA, *Decreto di rinvio a giudizio e «riesame» della misura*, cit., p. 832.

connotati di merito, ne segue che (c) laddove questo sia stato emesso, la valutazione in ordine al *fumus* può dirsi in esso assorbita³⁰².

Con due corollari, tutt'altro che rassicuranti: anzitutto, la preclusione avrebbe gravato anche sul tribunale del riesame chiamato a sindacare la rivalutazione dei gravi indizi cautelari, in quanto definitivamente accertati all'esito dell'udienza preliminare³⁰³; inoltre, si sarebbe realmente congegnata una grave ipoteca sulle sorti processuali dell'imputato rinviato a dibattimento³⁰⁴, oppresso da un autentico pregiudizio – peraltro rafforzato dall'essere maturato su di un compendio probatorio completo – reso difficile da scalzare. Quest'ultimo aspetto, a raggiata, determinerebbe una profonda mutazione genetica del dibattimento «che, da luogo in cui l'accusa è tenuta a dimostrare la colpevolezza dell'imputato, diverrebbe la sede in cui quest'ultimo deve dimostrare la propria innocenza»³⁰⁵.

4. (segue) I più recenti tracciati della giurisprudenza di legittimità.

Per quello che qui rileva, è da sottolineare tuttavia come la soluzione offerta dalla sentenza Vottari è nel senso di negare efficacia condizionante sul giudizio cautelare a quelle pronunce rese nel processo principale che non si connotino per un peculiare accertamento di merito della regiudicanda, ricollegando soltanto a queste ultime l'applicazione del principio di assorbimento³⁰⁶: laddove non vi sia valutazione di merito, i gravi indizi cautelari non possono ritenersi assorbiti in una valutazione purchessia, benché originata nel processo di merito.

In realtà, la questione circa la regola di giudizio applicabile in sede di udienza preliminare è tutt'ora lontana dal trovare univoca soluzione. Nonostante l'autorevole precedente, infatti, la corte di legittimità – ancora di recente³⁰⁷ – manifesta al suo interno una profonda divergenza di opinioni.

A essere revocato in dubbio da un consistente orientamento interpretativo di legittimità è proprio il fulcro del ragionamento operato dal pur influente precedente, ovvero la natura

³⁰² Cfr. DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, cit., p. 1033 e, prima della riforma del 1999, FRIGO, *Contrasto tra consulta e corte di cassazione sulla valutazione degli indizi di colpevolezza*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. n. 14, p. 78.

³⁰³ Trattasi del tema centrale della sentenza Vottari, le cui conclusioni sono estendibili a qualunque intersezione tra i due procedimenti.

³⁰⁴ GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 584.

³⁰⁵ DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1 c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3490.

³⁰⁶ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 303 che giustamente mantiene distinti i due livelli di indagine. Da un lato, vi è quello dei punti di intersezione tra vicenda cautelare e giudizio di merito; dall'altro, invece, il tema circa l'incompatibilità del g.u.p. Infatti, pur a seguito della l. 479/1999 l'interpretazione maggioritaria ha reputato che funzione del filtro preliminare sia quella di schiudere la via al dibattimento nelle ipotesi in cui esso sia utile, mentre ciò non implica automaticamente l'accertamento della sussistenza del *fumus commissi delicti*. E ciò, si noti, pure se il tipo di valutazione richiesta per constatare la utilità della *traslatio iudicii* sia, al tempo stesso, idonea a far sorgere l'incompatibilità endoprocessuale alla funzione di giudice, ma non ad assorbire la valutazione ex art. 273 c.p.p. Perché ciò accada occorre una pronuncia nel merito ravvisabile, in ultima analisi, soltanto con la sentenza di condanna emessa all'esito del dibattimento.

³⁰⁷ Cass., 30 luglio 2015, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 332 s., con nota di CONTI-QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, p. 340 s. In senso conforme, si v. Cass., 26 giugno 2014, C. A., in *C.E.D. Cass.*, n. 260248 e Cass., 17 luglio 2012, Rolla, *ivi*, n. 253127. *Contra*, e più aderenti al *dictum* delle Sezioni unite del 2002, Cass., 11 novembre 2015, Fascetto, in *C.E.D. Cass.*, n. 265478; Cass., 3 giugno 2015, Arvonio, *ivi*, n. 264053 e Cass., 17 luglio 2014, Pasteris, *ivi*, n. 260978.

esclusivamente processuale della valutazione posta alla base della decisione sul rinvio a giudizio, secondo una prospettiva che tuttavia ci pare – francamente – poco fruttifera³⁰⁸.

Valorizzando notevolmente la portata sistematica delle novità di cui alla l. 479/1999 – in particolare gli artt. 421-*bis*³⁰⁹ e 425, co. 3 c.p.p. – questo orientamento postula la natura c.d. “bifasica” della delibazione cui è preposto il giudice dell’udienza preliminare. La prima fase, di carattere prettamente diagnostico, richiederebbe una decisione di merito circa la serietà e fondatezza dell’accusa; la seconda, meramente eventuale e cioè subordinata alla ritenuta serietà dell’imputazione, avente carattere prognostico circa l’elevata probabilità o meno che la diagnosi trovi conferma in dibattimento, nel contraddittorio delle parti.

Il rapporto tra le due delibazioni dovrebbe essere tale per cui il giudice può non procedere alla prognosi nei casi in cui, nonostante l’esercizio dei poteri istruttori (anche ufficiosi), non è possibile formulare una diagnosi di fondatezza dell’accusa. In tali casi, l’entrata in scena degli attori sul palco dibattimentale scadrebbe a inutilità. E tuttavia, viceversa, l’accertamento circa la fondatezza nel merito dell’imputazione si pone come non ancora sufficiente per la prosecuzione del rito verso il dibattimento pubblico: non poche sono le ipotesi in cui l’accusa nasce pure robusta, ma di una robustezza non spendibile *in iudicium*³¹⁰.

E ciò per l’assorbente ragione per cui occorre che il giudice possa prevedere che gli elementi posti a base dell’accusa riusciranno a trovare conferma alla luce delle regole probatorie tipiche della fase dibattimentale³¹¹. Solo così sarebbe sfruttato al meglio il ruolo di filtro realmente selettivo della fase in esame, con pieno recupero del carattere di *extrema ratio* dell’approdo al dibattimento.

Il punto di partenza del ragionamento condotto è, però, il principio di completezza delle indagini preliminari³¹², consistente nel dovere per l’accusatore di individuare e raccogliere tutti gli elementi necessari affinché le stesse risultino esaustive così da determinarsi in maniera consapevole, da un lato, e garantire all’imputato il pieno esercizio del diritto di difesa *sub specie* di scelta della strategia processuale più confacente, dall’altro³¹³. Esso, in connessione con i poteri probatori officiosi, sarebbe funzionale al perfezionamento di un “quadro probatorio minimo” – inteso quale minimo di serietà e fondatezza dell’accusa – strumentale alla decisione all’esito dell’udienza.

³⁰⁸ Così anche VARONE, *Gli epiloghi decisori dell’udienza preliminare*, p. 1021 s.

³⁰⁹ Sulle cui criticità, si v. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 579.

³¹⁰ CONTI-QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell’udienza preliminare*, cit., p. 341.

³¹¹ Basti por mente a quest’esempio per rendersi conto delle implicazioni: all’esito delle indagini preliminari, il p.m. si determina all’esercizio dell’azione penale disponendo, quali elementi indiziari massimamente concludenti, dell’assunzione di informazioni *ex art.* 364 c.p.p. di due stranieri senza fissa dimora che dichiarano di aver assistito in prima persona al fatto. Se, tra l’esercizio dell’azione penale e la conclusione dell’udienza preliminare, entrambi divengono irreperibili, l’azione penale risulta essere stata esercitata in maniera fondata e seria, ma si potrebbe determinare una situazione di non utilità dibattimentale, laddove in queste circostanze non potrà ritenersi non imprevedibile l’impossibilità di ripetizione dell’atto investigativo *ex art.* 512 c.p.p.

³¹² CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., p. 360 s.; CASSIBBA, *La “completezza” e la “concludenza” delle indagini preliminari alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1230 s.; CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, p. 992 s.

³¹³ V. BARGIS, *La scelta del rito nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1034 s. e Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, p. 917 s.

Ed ecco che il cerchio si chiude, interpretando l'art. 425, co. 3 c.p.p.³¹⁴ in modo da valorizzare il nuovo ruolo di filtro contro le imputazioni azzardate e inconsistenti. La decisione del giudice dell'udienza preliminare, proprio perché assunta alla luce di un quadro probatorio ormai completo, dev'essere tale che, laddove residuino soluzioni aperte o discutibili e sia stato percorso ogni possibile sentiero investigativo/integrativo, sarà necessariamente di non luogo a procedere³¹⁵.

Alla luce di queste premesse ben si coglierebbe, secondo la sentenza citata, il portato garantistico della soluzione offerta. La struttura bifasica della decisione permetterebbe di ricostruire più correttamente gli stessi concetti di “insufficienza”, “contraddittorietà” e “comunque inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio”. La prima concernerebbe l'impossibilità di diagnosticare la reità *rebus sic stantibus* e di pronosticare un futuro implemento dibattimentale del quadro probatorio ormai completo³¹⁶; la seconda, tipico concetto di relazione, riguarderebbe l'ostacolo a diagnosticare in via univoca la colpevolezza e a prevedere l'eliminazione dell'equivocità della piattaforma probatoria. La terza, infine, denoterebbe una nozione più ampia, tutta protesa sul versante prognostico, idonea a individuare le situazioni in cui il materiale raccolto è pur sufficiente e non contraddittorio, ma tuttavia «comunque» destinato a crollare sotto il peso delle regole acquisitive e decisorie del dibattimento³¹⁷.

Tuttavia, non v'è chi non veda quanto la coperta sia corta: tirata da un lato – quello del recupero da parte dell'udienza preliminare di una sostanziale funzione di filtro realmente selettivo contro le imputazioni fantasiose o azzardate – lascia scoperti altri aspetti non meno essenziali.

La sentenza citata, infatti, non si sofferma sul tema che qui maggiormente ci occupa ovvero sulla questione delle influenze reciproche tra la decisione sul rinvio a giudizio e l'apprezzamento dei gravi indizi cautelari.

Tuttavia essa riporta – e non poteva essere altrimenti – tutto il percorso interpretativo che, a partire dall'entrata in vigore del nuovo codice, ha condotto all'opzione maggioritaria circa la natura e la funzione dell'udienza preliminare, le valutazioni a essa sottese e l'applicazione del principio di assorbimento.

Nel porre l'accento sull'aspetto diagnostico, statico e valutativo della fondatezza dell'imputazione, la sentenza in esame non si è posta il problema della “tenuta” della innovativa soluzione offerta con il principio di diritto scolpito dalle Sezioni unite Vottari in tema di assorbimento.

L'orientamento che ha (all'epoca) valorizzato la delibazione sul merito del giudice dell'udienza preliminare ha così ragionato al fine di ritenere poi assorbita nel decreto che

³¹⁴ Benché considerato un «pleonasma» da CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 916 in quanto «l'accusa non ha presupposti minori dell'imputazione», in relazione all'art. 125 att. c.p.p.

³¹⁵ Così anche LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 365 s.

³¹⁶ Tipico, invece, di altro orientamento di legittimità: «Ai fini della pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, il Gup deve valutare, sotto il solo profilo processuale, se gli elementi acquisiti risultino insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in dibattimento, senza poter effettuare una complessa ed approfondita disamina del merito del materiale probatorio, nè formulare un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato, essendogli inibito il proscioglimento in tutti i casi in cui gli elementi di prova acquisiti a carico di quest'ultimo si prestino a valutazioni alternative, aperte o, comunque, tali da poter essere diversamente valutati in dibattimento anche alla luce delle future acquisizioni probatorie.», Cass., 7 aprile 2016, n. 15942 in *C.E.D. Cass.* n. 266443.

³¹⁷ CONTI-QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare*, cit., p. 346.

dispone il giudizio la valutazione sul *fumus commissi delicti*; viceversa, l'orientamento opposto, poi assunto al rango di diritto vivente, ha svalutato la componente *de qua* negando in radice ogni ipotesi di assorbimento cautelare e ha valorizzato la natura esclusivamente procedurale e prognostica – *sub specie* di utilità del dibattimento – della decisione sul rinvio a giudizio.

In altri termini, più si “corregge il tiro” alle Sezioni unite Vottari in punto di natura c.d. procedurale ovvero di pieno merito dell'udienza preliminare e meno “tiene” l'affermazione sul negato assorbimento dei gravi indizi cautelari nel decreto *ex art.* 429 c.p.p. Su queste tematiche, tuttavia, la sentenza in esame – e le altre a essa conformi – non dedica alcuna riflessione, forse agevolata dalla fattispecie concreta sottoposta al suo esame.

5. Il principio di preclusione: rilievo di metodo, coperture costituzionali e applicazioni concrete.

L'argomento oggetto del presente studio ci ha portato a impiegare più volte un termine che, nell'elaborazione processualpenalistica, ha rinvenuto poco spazio sino a tempi piuttosto recenti. Discorrere di assorbimento significa nient'altro che indagare una faccia, quella più riconoscibile, del principio di preclusione.

L'istituto della preclusione è stato tradizionalmente oggetto di studio ed elaborazione dogmatica da parte della dottrina processualcivilistica, che lo ha sviluppato principalmente nella sua accezione di consumazione del potere³¹⁸. Secondo la tesi tradizionale, esso consiste nell'estinzione di una facoltà processuale dovuta a tre possibili ragioni: l'inosservanza delle modalità di esercizio del potere stabilite dall'ordinamento, il compimento di attività fra loro incompatibili o il pregresso esercizio di un potere non reiterabile.

Si tratta, in buona sostanza, di uno strumento deputato a garantire l'ordinato svolgimento del rito, salvaguardandone la funzionalità e responsabilizzando le parti, le quali, conscie di non potere esercitare reiteratamente una medesima facoltà, sarebbero portate a gestire le loro prerogative processuali in maniera più oculata, più razionale.

Chiaramente, non è concepibile una trasposizione *sic et simpliciter*, in seno al processo penale, dei risultati raggiunti in decenni di teorizzazioni nell'ambito del rito civile; nondimeno, le ragioni che hanno spinto la dottrina processualpenalistica a recuperare l'importanza di questo concetto sono intimamente legate a quelle che campeggiano nelle opere di studio dei colleghi civilisti.

In particolare, vi sono alcuni profili che meritano di essere puntualizzati. Il primo è quello di autoresponsabilità delle parti. La chiave di lettura che interpreta la preclusione, in sede civilistica, come sanzione al comportamento processuale di un soggetto il quale sia rimasto inerte, o abbia imboccato una direzione piuttosto che un'altra, va immersa nel quadro di un processo che valorizza sempre più il principio dispositivo, ponendo le parti dinanzi a plurime possibilità di azione.

Questa loro spiccata autonomia ha come contraltare un prezzo, determinando all'interno del procedimento variabili suscettibili di incrementarne potenzialmente l'entropia, che il decidente deve necessariamente pagare: si tratta dell'impossibilità di intraprendere una

³¹⁸ V. in particolare CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 859 s.; ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1993, p. 231 s.; ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 893 s.; TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 794 s.

diversa attività processuale, incompatibile con la precedente, poiché scatta appunto il meccanismo della preclusione³¹⁹.

Un simile ragionamento, operati i debiti aggiustamenti, è trasponibile nel processo penale, specie in quello delineato dall'attuale testo codicistico, che ne ha mutato in parte la conformazione, facendolo virare verso un modello tendenzialmente accusatorio (e parzialmente dispositivo).

Per quanto qui interessa, esso si differenzia dall'assetto precedente, in cui le parti non disponevano di particolari alternative decisorie e, di rimando, non erano in grado di effettuare alcuna scelta strategica. Come già accennato, l'architettura del processo era estremamente semplice.

L'attuale modello accusatorio permette invece alle parti di operare continue scelte di indirizzo, ponendo loro dinanzi a molteplici alternative circa le modalità con cui procedere. È evidente come un simile sistema, che dà massimo rilievo all'autodeterminazione degli attori processuali, faticherebbe a mantenersi coerente e ordinato laddove volesse prescindere dal principio di preclusione/consumazione³²⁰ declinabile, forse un po' grossolanamente, col brocardo *functus est munere suo*.

Diversamente, infatti, si finirebbe per rischiare una paralisi del giudizio, posto in balia di una (potenzialmente) illimitata duplicazione di iniziative di accusa e difesa, con definitivo abbandono dell'ideale di procedimento come ordinata sequenza di atti.

Un altro elemento su cui si sono sviluppate le argomentazioni della dottrina processualcivilistica è quello della parità delle parti. Per quanto in questa sede sia possibile approfondire, preme rilevare come la salvaguardia di questo principio in sede di processo civile costituisca un solido argine al potere del legislatore di disporre preclusioni che interessino le attività di difesa delle parti³²¹.

È, in altri termini, impensabile che, per garantire un andamento (più) razionale del procedimento, si vadano a inficiare diritti fondamentali quali quello alla difesa e al contraddittorio, secondo una linea interpretativa che rappresenta, anche per lo studioso del rito penale, una feconda direzione d'indagine.

Questa considerazione è valida *a fortiori* in ambito penalistico, ove le parti, specialmente nella fase delle indagini preliminari, non sono mai pienamente pari. Parrebbe dunque che il principio di preclusione non possa che essere concepito come garanzia *ad personam* per l'imputato: in realtà, invece, la giurisprudenza di legittimità, in più occasioni, ne ha fornito un'elaborazione del tutto diversa.

Riguardo all'imparagonabilità di principi di rango costituzionale come il diritto alla difesa o a un equo contraddittorio rispetto a quello di preclusione, il cui aggancio nel testo costituzionale è unanimemente ravvisato nell'art. 111, co. 2, è interessante spendere alcune parole circa il percorso metodologico che una certa dottrina ha svolto per giungere a siffatta conclusione³²².

³¹⁹ Cfr. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., p. 17, il quale conferma che «il ricorso a tale meccanismo o espediente o principio, infatti, si giustifica con l'opportunità soprattutto dei sistemi processuali moderni (in quanto ispirati almeno tendenzialmente alla prevalenza del principio dispositivo) di dare la dovuta rilevanza all'autoresponsabilità delle parti nel processo per ciò che fanno o non fanno».

³²⁰ Vale la pena di riprendere il *dictum* di Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, cit., secondo cui «la preclusione corrisponde ad un istituto coesenziale alla stessa nozione di processo».

³²¹ Ancora CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione*, cit., p. 20 s.

³²² Cfr. in particolar modo LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 518 s.; IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2190 s.;

Si è, infatti, individuata l'origine di un generale principio di preclusione che permea l'ordinamento proprio nel canone di ragionevole durata del processo³²³. Questa stessa dottrina rileva come nell'attuale concezione dei rapporti fra il giudizio principale e quello cautelare si sconti il rischio di travalicare il garantismo, inteso quale giusta predisposizione di rimedi all'errore giudiziario, poiché nella "assurda incomunicabilità" fra i due procedimenti delle risultanze ormai cristallizzate si legittima e forse si incentiva una ripetizione *ad libitum* di incidenti cautelari: paradossalmente, l'ordinamento attuale sembrerebbe incoraggiare l'errore, anziché prevenirlo o rimediargli³²⁴.

Secondo quest'impostazione, invero piuttosto *tranchant* benché certamente affascinante, sarebbe sufficiente garantire una sola pronuncia, resa incidentalmente ma nel contraddittorio delle parti e un esame della Corte di legittimità – purché lo scenario fattuale permanga immutato – affinché le decisioni in tal modo ottenute in sede incidentale costituiscano pronunce idonee a condizionare anche il processo di merito.

Il passaggio dal principio di c.d. minima interferenza fra i due giudizi a quello di preclusione può certamente disorientare l'interprete aduso a declinare i rapporti tra i procedimenti nella versione classica³²⁵, ma è arduo non rilevare il potenziale incremento del livello di efficienza e di economia processuale che, attraverso tale via, si raggiungerebbe³²⁶.

Tutto ciò premesso, la citata dottrina afferma dunque l'opportunità di tentare un'interpretazione sistematica del canone della preclusione. Per evitare di seguire il rischioso percorso che permetterebbe non già un'interpretazione estensiva degli specifici dati normativi al fine di disciplinare ambiti lasciati in disparte dal legislatore, bensì una sua vera e propria applicazione diretta, sfociando in un "giusnaturalismo processuale" che poco convince, essa si è sforzata di individuare dietro ai vari punti di emersione del paradigma del *ne bis in idem* un principio di diretta derivazione costituzionale: quello, appunto, della ragionevole durata del processo³²⁷.

Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo, in *Criminalia*, 2008, p. 253 s., con introduzione di CANZIO e contributi di MARZADURI e SILVESTRI; ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, p. 1 s.

³²³ In *primis*, IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2190 s. Di segno nettamente contrario, invece, GALLUCCIO MEZIO, *La resistibile ascesa del "giudicando" cautelare*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., p. 141 s.

Per una simile conclusione in ambito processualcivilistico, cfr. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione*, cit., p. 19, secondo cui «il principio di preclusione, quale espressione dell'autoresponsabilità (privatistica) delle parti nel processo per ciò che fanno o non fanno, assume sempre più una coloritura pubblicistica di strumento processuale finalizzato [...] anche a rendere concreto e cogente il loro dovere di collaborazione alla "ragionevole durata del processo"».

³²⁴ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2191.

³²⁵ Su tutti, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 429 e ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 6.

³²⁶ A ciò peraltro non osterebbe una differenza qualitativa e di completezza della cognizione riservata ai diversi giudici. Per quanto attiene la *quaestio iuris*, l'operazione giuridica compiuta dall'autorità giudiziaria è pienamente sovrapponibile nei due casi. Gli esempi si moltiplicano facilmente: la questione circa l'inutilizzabilità delle intercettazioni impiegate per misure cautelari oggi può essere sollevata e portata all'attenzione della Corte di cassazione indefinite volte, nell'incidente cautelare personale, reale e infine nel giudizio principale (a partire dall'udienza preliminare). Il risultato sotto gli occhi di tutti è che, sul medesimo *thema*, la Corte – con buona pace di ogni velleità nomofilattica – si può pronunciare anche tre volte.

Discorso parzialmente più complesso va svolto invece per la *quaestio facti*: se è indubbio che i livelli probatori richiesti in sede di merito siano più elevati, poiché non è sufficiente dimostrare l'esistenza di un *fumus* per pronunciare sentenza di condanna, è altresì vero che molto spesso non vi sono – di fatto – ragioni per negare *in toto* la ricostruzione fattuale cui si è pervenuti nell'incidente custodiale, in assenza di *nova*. È per ipotesi del genere che questa dottrina guarda al principio di preclusione.

³²⁷ Così LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 512 e SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 5. *Contra*, MARZADURI, in *Preclusioni processuali e*

Esso tutelerebbe la sicurezza delle situazioni giuridiche, essendo evidente come la pendenza di un procedimento generi un doppio costo, in termini di incertezza del diritto nel caso specifico, che grava tanto sulla collettività quanto – e soprattutto – sull'imputato³²⁸.

Il pericolo insito in quest'impostazione, tuttavia, risiede nell'attribuire a tale principio un carattere immediatamente precettivo, leggendolo come *regula juris* immanente all'ordinamento. La tentazione dell'interprete di operare indebiti sconfinamenti dal campo di una legittima interpretazione sistematica a quello della nomopoiesi è palese³²⁹.

In una prospettiva più cauta, in effetti, il canone della ragionevole durata del processo potrebbe definirsi (soltanto) un "meta-principio", assimilabile a quei «criteri di razionalità pratica che soccorrono principalmente il legislatore e la Corte costituzionale nella delicata opera di bilanciamento (trasversale all'intera normativa processuale penale) fra tutela dell'individuo ed esigenza repressiva»³³⁰. In altre parole, esso ha certamente valore in astratto, considerato in sé e per sé, ma il suo prevalente impiego rimane quello di un criterio regolatore in sede di bilanciamento fra principi costituzionali suscettibili di entrare in conflitto fra loro.

Peraltro, l'art. 111 comma 2 Cost. non lo declina in chiave soggettiva, quale diritto proprio delle parti alla celebrazione di un processo dalla durata ragionevole, ma si limita a imporlo come direttiva al legislatore nella sua opera di normazione. Ne deriva, quindi, l'impossibilità di fare competere questo principio ultra individuale con diritti soggettivi "puri", quali il diritto al contraddittorio, il diritto di difesa³³¹ o il diritto a controinterrogare i testi d'accusa.

In breve, il processo penale deve sì "tendere" a concludersi in un tempo ragionevole – lasciandosi con ciò ampio spazio discrezionale al legislatore nel declinare il criterio nei casi concreti – tuttavia la speditezza non può neppure obliterare un'indagine sul «contesto» in cui la funzione giudiziaria è stata esercitata³³²: un processo sprovvisto delle più elementari garanzie a tutela dell'imputato, eppure ragionevolmente celere sarebbe sicuramente un processo iniquo.

In conclusione, sembra opportuno guardare all'art. 111 comma 2 Cost. più "laicamente", come al «principio di ragionevolezza applicato al tempo quale contenitore di attività processuali. Non la ragionevole durata del processo, bensì l'efficienza processuale è il valore

ragionevole durata del processo, cit., p. 252 e ORLANDI, *Principio di preclusione*, cit., p. 4-5 che "degrada" il principio a «meta-principio» inidoneo di per sé a entrare in bilanciamento, al fine di comprimerli, con il diritto di difesa o al contraddittorio o a controinterrogare i testi d'accusa.

³²⁸ «Il ritmo del tempo ragionevole è un ritmo sociale, prima ancora che cronologico», così IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2203.

³²⁹ «Il rapporto tra le potenzialità applicative dello strumento e il pericolo di un'interpretazione creatrice costituisce il vero e proprio "banco di prova" dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità [...] e il fronte più avanzato della riflessione dottrinale». Così GALLUCCIO MEZIO, *La resistibile ascesa del "giudicando" cautelare*, cit., p. 143.

Un'applicazione diretta del principio di efficienza processuale, filtrato attraverso il canone della ragionevole durata del processo e per mezzo dell'istituto della preclusione è ravvisabile in Cass., 12 ottobre 2011, n. 47655 in *Cass. pen.*, 2012, p. 3779, con nota di VALENTINI, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione del principio di preclusione per consumazione del potere*.

³³⁰ ORLANDI, *Principio di preclusione*, cit., p. 4.

³³¹ Così espressamente Corte cost., 9 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 4765 s. con nota di UBERTIS.

³³² MARZADURI, in *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, cit., p. 251 e soprattutto FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 62 s.

(di rango costituzionale) idoneo a fungere da limite all'espandersi di garanzie individuali»³³³; funzionalità da bilanciarsi costantemente con i cardini di un giusto processo.

Si è detto di come il principio di preclusione rappresenti un efficace rimedio volto a evitare quegli abusi del processo che si identificano in pretestuosi allungamenti delle tempistiche pur prive di motivazioni degne di tutela. Proprio in virtù del fatto che il legislatore non può prevedere *per tabulas* tutte le ipotesi di disfunzioni suscettibili di realizzarsi in concreto, lo strumento preclusivo ha assunto nel tempo un'importanza imprevista ed esercitato un fascino difficilmente resistibile sugli operatori pratici, destinato com'è a operare «in carenza di meccanismi legali di impedimento, fondati sulle sanzioni dell'improcedibilità o dell'inammissibilità»³³⁴.

Il suddetto principio, a causa della pluralità di situazioni non normate fonte di possibile dispersione di attività processuali, è stato oggetto delle applicazioni più svariate che rendono impossibile, o peggio fuorviante, il tentativo di una *reductio ad unum*.

La giurisprudenza ne ha dapprima fatto uso per fissare l'effetto preclusivo del provvedimento di archiviazione rispetto alla riapertura delle indagini da parte del pubblico ministero e al conseguente esercizio dell'azione penale³³⁵. Nella ripresa di tale impostazione da parte della Corte di cassazione in tempi più recenti emerge con forza un impiego del concetto di preclusione sempre più orientato nella sua declinazione di esaurimento/consumazione del potere di promuovere una certa attività di parte³³⁶.

Tentativi di implementare le fattispecie di preclusione al fine di meglio razionalizzare il sistema, a livello di reciproche influenze di atti del procedimento principale e dell'incidente *de libertate*, sono tuttavia provenuti dallo stesso legislatore, incontrando però diversi ostacoli di carattere costituzionale³³⁷, nonché veementi critiche in dottrina³³⁸.

³³³ ORLANDI, *Principio di preclusione*, cit., 5 che valorizza l'affermazione di Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1276, con nota di GREVI e 23 gennaio 1997, n. 10, in *Foro it.*, 1997, I, p. 363 in tema di reiterazione *ad libitum* di domande di remissione o ricsuzione sulla base del medesimo compendio fattuale.

³³⁴ RUSSO, *Brevi riflessioni sulla preclusione per consumazione nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 113. Simili sanzioni sono espressamente previste, ad esempio, in tema di procedimento di esecuzione, laddove l'art. 666 comma 2 c.p.p. stabilisce l'inammissibilità della «riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi».

Analogamente si esprime Cass., 8 febbraio 2000, Bauleo, in *C.E.D. Cass.*, n. 215230, in merito al procedimento di sorveglianza, nel quale il principio di preclusione processuale trova applicazione «in forza dell'art. 666 c.p.p., dettato per il procedimento di esecuzione e richiamato dall'art. 678 c.p.p., che sancisce l'inammissibilità della successiva istanza, se fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto di quella precedente, già dichiarata inammissibile ovvero rigettata con provvedimento non impugnato e per ciò divenuto definitivo».

³³⁵ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1971, con nota critica di CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, con indirizzo confermato da Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4053. Critici, altresì, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 435-438, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 472 e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino, 2017, p. 138-139.

³³⁶ *Ex multis*, Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, cit.: «l'esercizio dell'azione penale è espressione di una scelta che il pubblico ministero, in relazione ad una determinata *notitia criminis*, compie al termine delle indagini preliminari in alternativa alla richiesta di archiviazione, sicché, archiviato il procedimento, il p.m. perde il potere di adottare ulteriori opzioni sul medesimo fatto».

³³⁷ L'aggiunta ad opera della l. 46/2006 di un co. 1-bis all'art. 405 c.p.p. ha introdotto un'ipotesi di archiviazione coatta di fatto subordinata alla formazione di un giudicato cautelare: tale previsione infatti stabiliva che qualora la Suprema corte, nella sua veste di giudice delle impugnazioni cautelari, si fosse pronunciata in ordine all'insussistenza del requisito del *fumus commissi delicti*, in assenza di elementi sopravvenuti idonei a ribaltare tale giudizio, il pubblico ministero sarebbe stato obbligato a formulare richiesta di archiviazione al termine delle indagini. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 121 del 2009, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1367 s., ne ha statuito l'illegittimità, rilevando una confusione degli ambiti funzionali dell'archiviazione e dell'udienza preliminare, unica sede appropriata a fungere da «filtro» ad un esercizio inopportuno dell'azione penale. Si v. *infra*, sez. II.

Nondimeno, la declinazione del paradigma preclusivo che ha maggiormente fomentato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, è quella che attiene all'ambito cautelare pur se in una prospettiva tutta racchiusa all'interno del medesimo³³⁹.

I numerosi interventi della giurisprudenza di legittimità hanno contribuito a delineare un sistema capace di bloccare sul nascere, o comunque governare, eventuali ipotesi di abuso del procedimento cautelare da parte dell'organo inquirente. Quest'ultimo, infatti, è formalmente libero di proporre plurime domande cautelari nei confronti del medesimo imputato sulla base degli stessi fatti in riferimento ai quali un previo incidente *de libertate* pende in grado di impugnazione, ma il potere del giudice di pronunciarsi su tali richieste risulta inibito fino all'avvenuta definizione del procedimento originario.

Tale preclusione alla duplicazione di azioni custodiali *de eadem re et persona* troverebbe il suo fondamento razionale nell'avvenuta consumazione del potere del pubblico ministero di intraprendere iniziative sovrapponibili nei confronti di un determinato soggetto per lo stesso fatto³⁴⁰.

Ma al di là delle specifiche soluzioni offerte nei casi summenzionati, l'interprete oggi è posto di fronte a un dato obiettivo: la giurisprudenza di legittimità largamente maggioritaria, avallata da plurime sentenze rese nella composizione più autorevole, non ha esitato a

³³⁸ Si fa riferimento al procedimento speciale di cui all'art. 453, co. 1-bis e 1-ter c.p.p., introdotto dal d.l. 92/2008. Il procedimento immediato cosiddetto "custodiale" risponde alla *ratio* di creare, secondo quanto asserito da RENON, *Obbligatorio ma non troppo...questioni vecchie e nuove in tema di giudizio immediato "custodiale"*, in www.penalecontemporaneo.it, una «corsia preferenziale [...] nella trattazione dei procedimenti riguardanti soggetti *in vinculis*»: il presupposto per poter formulare la relativa richiesta consiste infatti nella definizione del procedimento di riesame, ovvero nell'inutile decorso dei termini per proporlo. Il tema del giudizio immediato custodiale sarà affrontato nella Sez. III, *infra*.

³³⁹ Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, Donelli, cit., si riferisce all'ipotesi di interferenze tra l'iniziativa del pubblico ministero *ex art. 291 c.p.p.* di presentare una nuova richiesta al g.i.p. e quella del medesimo inquirente di impugnare l'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* di rigetto di una originaria domanda cautelare. Le Sezioni unite, nel principio di diritto, affermano la preclusione della potestà del g.i.p. di statuire, in pendenza dell'appello avverso la prima decisione [senza che sia dato sapere come possa il g.i.p. conoscere se sia stata presentata o meno impugnazione e se l'appello sia pendente o già esaurito], in ordine alla medesima domanda *de eadem re et persona*. Se così non fosse, difatti, si finirebbe per consentire all'organo dell'accusa di perseguire l'abnorme risultato di un duplice e identico titolo, l'uno a sorpresa e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito del contraddittorio camerale e del quale l'esecutività resta sospesa fino alla decisione definitiva.

Cass., Sez. un., 16 dicembre 2010, Testini, cit., invece, ha dovuto districare una situazione più complessa. Nelle more del deposito della motivazione alla base dell'annullamento con rinvio con cui i giudici di legittimità avevano cassato un'ordinanza del Tribunale del riesame, che a sua volta aveva disposto la revoca di una misura coercitiva, l'inquirente aveva proseguito le indagini e, venuto in possesso di nuovi elementi, aveva scelto di intentare una nuova azione cautelare. Avverso il nuovo titolo custodiale, la difesa formulava dapprima richiesta di riesame e in un secondo tempo ricorso per Cassazione, dolendosi dell'illegittimità o, in subordine, inammissibilità della reiterata istanza cautelare poiché, all'atto della sua emissione, era ancora in corso il giudizio rescissorio in merito al riesame della primigenia ordinanza *de libertate*. La Corte, nella sentenza citata, afferma - all'esito di una articolata motivazione - che il principio di parità delle parti, se letto in parallelo a quello di preclusione e al brocardo *electa una via non datur recursum ad alteram*, porta a concludere che «il p.m. resta libero di scegliere il "veicolo" in cui utilizzare i *nova* ai fini del perseguimento del suo obiettivo, ma che, una volta operata la scelta, non può più, per lo stesso utilizzo, fare ricorso al veicolo alternativo (con quanto di conseguenza, in termini di preclusione, sul suo avvio o prosieguo)», ciò in quanto «le esigenze di una pronta tutela della collettività, costituenti il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, sono parimenti incompatibili con improprie e inutili dilazioni, quali quelle che deriverebbero da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa». Un esempio è rinvenibile nell'ipotesi in cui l'*iter* impugnatorio si trovi in una fase (es. di legittimità) che non consente un immediato utilizzo dei nuovi elementi indiziari di cui il p.m. è entrato in possesso.

³⁴⁰ La letteratura, sviluppatasi a seguito delle sentenze citate nelle note precedenti, è davvero vasta. Cfr., per tutti, VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 258-275, MARZADURI, in *Preclusioni processuali e ragioneevole durata del processo*, cit., e CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 354 s.

delineare un meccanismo ispirato al principio di preclusione al fine di contemperare in maniera equilibrata le contrapposte esigenze nel processo penale.

Il fondamento della preclusione – al di là dei suoi specifici presupposti applicativi, quali la circostanza che la stessa è in grado di operare “coprendo” soltanto il dedotto e non il deducibile e soltanto se le parti del procedimento incidentale coincidono con quelle del processo principale – risiederebbe, per taluni, nella circostanza che l’attività o la valutazione preclusa sia stata realmente compiuta in una precedente fase, connotata da un compendio minimo di garanzie fondamentali³⁴¹. Secondo altra impostazione, invece, il presupposto del principio è individuato nell’«esistenza di una duplicazione di attività o di giudizi» che, per essere realmente tali, devono condividere anche i criteri di giudizio e le regole probatorie³⁴².

Eppure, nonostante quanto sin qui esposto costituisca il tradizionale rilievo metodologico del *thema*, laddove si volesse sviluppare la ricerca indirizzandola verso la possibilità di immaginare effetti preclusivi del giudizio incidentale cautelare su quello di cognizione³⁴³ la copertura costituzionale solitamente rinvenuta nell’art. 111, co. 2 Cost. non sarebbe più – da sola – in grado di sostenere il ragionamento.

Benché la tesi possa apparire, a quella dottrina tradizionale, come un «geniale, ma inquietante capovolgimento del sistema»³⁴⁴, sarebbe opportuno sgomberare il campo dalla principale preoccupazione che aleggia sull’argomento: la prospettiva che si vuole seguire è dichiaratamente e necessariamente garantista, coltivando l’*imprinting* delle sentenze cc.dd. Donati e Donelli, secondo cui il meccanismo preclusivo deve mirare a «contenere abusive deviazioni dei poteri in mano alla parte pubblica»³⁴⁵.

D’altronde, la prospettiva seguita non è più soltanto *de jure condendo* in quanto non è più corrispondente al vero l’affermazione secondo cui «non c’è nessuna norma specifica che [...] vieti»³⁴⁶ di ipotizzare meccanismi di condizionamenti della vicenda cautelare sul processo di merito, perché – da quando tale frase fu pronunciata – l’ordinamento ha conosciuto il giudizio immediato c.d. custodiale quale ulteriore modalità di esercizio (accelerato?) dell’azione penale codificando un evidente esempio di condizionamento dei poli qui in discorso.

Tuttavia, nonostante talune non condivisibili opinioni in dottrina³⁴⁷, è piuttosto innegabile che questo meccanismo si risolva in un’opzione legislativa marcatamente *contra reum*. E non può non stupire che, pur a fronte di critiche radicali e veementi³⁴⁸ di cui si renderà conto *infra* (cfr. sez. III), a oggi non risulta essere stato mai neppure attivato l’incidente di legittimità costituzionale come pure, invece, prontamente accadde dopo l’entrata in vigore dell’unico altro caso di preclusione “a rime invertite”, ovvero l’art. 405, co. 1-*bis* c.p.p.

³⁴¹ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2204.

³⁴² CONTI, *La preclusione*, cit., p. 378 e p. 401. Dal che discenderebbe, inevitabilmente, un notevole restringimento all’area applicativa del principio in esame.

³⁴³ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2205-2207 e MARZADURI, in *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, cit., p. 251-252, pur scettico a causa delle «differenti basi cognitive e [...] regole di giudizio».

³⁴⁴ MARAFIOTI, *Preclusione: un principio “senza qualità”?*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., p. 174.

³⁴⁵ MARAFIOTI, *Preclusione: un principio “senza qualità”?*, cit., p. 176.

³⁴⁶ Così, nel 2008, IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2205.

³⁴⁷ TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1393 s.

³⁴⁸ Per tutti, AMODIO-GALANTINI, *Sull’illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2013, p. 1 s.

Questo dato può forse essere spiegato, volendo, rammentando come la stessa Corte costituzionale, nel più autorevole intervento in materia³⁴⁹, si sia espressa nel senso che non sussistono invalicabili ostacoli di ordine costituzionale all'inversione dell'ordinario rapporto tra procedimento cautelare e processo di merito, salvo soltanto il rispetto di non meglio precisati «solidi canoni di razionalità» nell'opzione legislativa.

È opinione di chi scrive, invece, che un meccanismo così marcatamente limitativo dei diritti del prevenuto come quello coniato negli artt. 453, co. 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p., sia riuscito ad attecchire con relativa facilità nelle aule dei tribunali anche perché, in via di fatto, l'ordinamento già conosce ipotesi di condizionamento occulto e *contra reum* del giudice del merito, derivanti dall'incidente *de libertate*.

6. *Della misura cautelare disposta dal giudice del dibattimento e dell'art. 432 c.p.p. ovvero delle crepe nel muro dell'incomunicabilità tra procedimenti.*

L'ipotesi a cui si è fatto poc'anzi cenno rinviene la propria genesi nella legge delega del 1987 e precisamente in quanto disposto dall'art. 2, direttive nn. 57 e 58 in materia di doppio fascicolo³⁵⁰.

Che il “nuovo” codice avesse dei difetti, per così dire, strutturali costituisce opinione largamente diffusa in dottrina, ma «su un punto non c'era nulla o quasi da obiettare: l'opzione accusatoria impone limiti all'uso nel dibattimento delle dichiarazioni raccolte dall'indagante senza contraddittorio»³⁵¹ pena il ritorno, lo si è visto, alla «gigantesca istruzione sommaria»³⁵² sotto mentite spoglie.

Ciò che qui ora preme sottolineare non attiene però né alla scelta di perseguire tale obiettivo mediante l'istituzione di un doppio fascicolo processuale – di per sé, una delle più felici e qualificanti opzioni tecniche accolte dal codice del 1988 – né di ripercorrere la travagliata vicenda in merito all'utilizzo delle contestazioni *ex* artt. 500 e 503 c.p.p.

Si reputa invece doveroso porre l'attenzione su un fenomeno, noto alla prassi più che alla dottrina, radicalmente diverso e di cui si fatica persino a cogliere evidenze nel dibattito degli studiosi.

Il tema si interseca con quanto esposto sino a qui in punto di (presunti e sino a oggi sempre negati) effetti condizionanti originati dalla vicenda cautelare sul giudizio di merito ed esplode in tutta la sua irrisolutezza nell'art. 432 c.p.p., immutato sin dal 1988.

Acuta dottrina ha osservato come, secondo l'interpretazione tradizionale, il principio di autonomia tra azione cautelare e azione penale viene solitamente «invocato a favore dell'imputato», senza tuttavia tenere in debito conto la circostanza del tutto fattuale secondo cui «le valutazioni (e gli atti) cautelari [sono] nel pieno dominio del giudice procedente», motivo per cui «l'impermeabilità dei giudicati [è] nei fatti poco più che una finzione»³⁵³.

³⁴⁹ Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit.

³⁵⁰ Cfr., ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Legisl. pen.*, 1988, p. 93 s. e FRIGO, *Commento all'art. 432*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, p. 734 s.

³⁵¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1289; FRIGO, *Commento all'art. 431*, in *Commento*, cit., p. 713.

³⁵² PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 282.

³⁵³ CERESA-GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 834.

Né la manualistica più autorevole³⁵⁴, né i più recenti studi specificamente dedicati al tema del fascicolo per il dibattimento³⁵⁵ si cimentano con la tematica del condizionamento – psicologico, prima ancora che giuridico – patito dal giudice chiamato a statuire sulla colpevolezza dell'imputato per effetto della piena disponibilità, da parte sua, dell'ordinanza *de libertate* grazie all'art. 432 c.p.p.

Se, da un lato, è da rimarcare che la scelta trasfusa nel codice è da riconnettersi, in una certa qual misura, a un'opzione che rinviene le proprie radici nella stessa legge delega, la cui *ratio* giustificatrice si rinviene nell'esigenza – reputata di primaria importanza – di consentire al giudice che procede, quindi altresì a quello del dibattimento, di «esercitare, anche d'ufficio, i poteri di revoca o sostituzione delle misure» ai sensi dell'art. 299, co. 3 c.p.p.³⁵⁶; dall'altro, tuttavia, si ritiene colga nel giusto quella stessa dottrina che ammonisce circa l'inopportunità e il non perfetto bilanciamento degli interessi sottesi a una simile opzione, laddove essa implica il «sacrificio del principio della normale impermeabilità del dibattimento agli atti anteriori» a esso ovvero, in ultima analisi, l'introduzione di «quella che è pur sempre un'eccezione ad un principio».

Gli inconvenienti della attuale disciplina positiva sono essenzialmente di due tipi.

Il primo si potrebbe inserire, volendo, nell'alveo dell'incompatibilità del giudicante per effetto della “forza della prevenzione”. Come è stato fatto giustamente notare³⁵⁷, la storia dell'istituto prende le origini dalla celebre pronuncia 432/1995³⁵⁸, con cui il giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità dell'art. 34, co. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che avesse applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato e ciò sulla base della motivazione per cui una valutazione contenutistica e di merito circa la idoneità delle risultanze investigative a fondare il giudizio di qualificata probabilità di colpevolezza – sotteso all'art. 273 c.p.p. – avrebbe radicato, nella mente del giudice chiamato a pronunciarsi all'esito del dibattimento, un autentico pregiudizio ovvero un improprio condizionamento, *id est* la naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento.

Nel proseguire l'opera di valorizzazione dell'istituto dell'incompatibilità – grazie alle pronunce 131 e 155 del 1996³⁵⁹ – la Corte costituzionale tuttavia si è arrestata alle soglie del dibattimento³⁶⁰. Infatti, per evidenti ragioni di ordine pratico, essa ha escluso recisamente

³⁵⁴ Non ci risulta che trattino l'argomento né GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 589 né ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 721 s. Neppure CORDERO, *Procedura penale*, cit., approfondisce il tema della conoscenza, da parte del giudice del dibattimento, del materiale di cui all'art. 432 c.p.p. a eccezione di un riferimento sul quale si tornerà a breve.

³⁵⁵ Si v. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova, 2017 che, per quanto affronti *ex professo* la materia, non tratta il *thema* oggetto delle nostre riflessioni.

³⁵⁶ FRIGO, *Commento all'art. 432*, in *Commento*, cit., p. 737-8, dal quale è tratto anche il virgolettato che segue.

³⁵⁷ TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema nella disciplina degli atti utilizzabili dal giudice del dibattimento in funzione cautelare*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1749.

³⁵⁸ Corte cost., 15 marzo 1995, n. 432, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3371 s., con nota di RIVELLO, *Un significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale*.

³⁵⁹ Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139 ss., con nota di MARGARITELLI, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale e al giudizio di merito: l'illusione dell'imparzialità del giudice penale* e 20 maggio 1996, n. 155, *ivi*, 1996, p. 1464 s.

³⁶⁰ Corte cost., ord., 1° dicembre 1999, n. 443, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3853 s.; ord., 3 giugno 1998, n. 206, *ivi*, 1998, p. 1621 s.; ord., 30 dicembre 1996, n. 433, *ivi*, 1996, p. 3794; 31 maggio 1996, n. 177, *ivi*, 1996, p.

che l'incompatibilità al giudizio si radichi anche quando la pronuncia cautelare sia rimessa proprio al giudice del dibattimento investito delle funzioni di merito³⁶¹.

Tuttavia, correttamente è stato rimarcato come «una volta riconosciuta alla pronuncia *de libertate* l'idoneità a pregiudicare l'imparzialità del giudice, ciò dovrebbe valere a prescindere dalla sede in cui l'intervento cautelare si esplica»³⁶² dimodoché la situazione di pregiudizio, per via della previa esplicazione di talune attività processuali condizionanti, o esiste o non esiste. *Tertium non datur*.

Se, però, grazie soprattutto al consolidamento della giurisprudenza costituzionale, l'ordinamento sul punto non appare suscettibile di cambiamenti nell'immediato, l'attenzione dell'interprete dovrebbe allora spostarsi sul secondo dei problemi sopra accennati ovvero quello della cernita del materiale indiziario sulla base del quale il giudice del dibattimento opera in funzione cautelare.

È innegabile che, da un mero punto di vista quantitativo, la richiesta di applicazione di una misura cautelare avanzata per la prima volta dal pubblico ministero nel corso del giudizio è «ipotesi, se non propriamente di scuola, non così frequente»³⁶³; tuttavia, essa rappresenta un banco di prova della disciplina in materia *de libertate* al fine di indagare e, se del caso, evidenziare la globale fragilità di un sistema che, a trent'anni dall'entrata in vigore del nuovo codice, pare manifestare incongruenze e vischiosità di tenore inquisitorio.

Il problema sostanziale rispetto al quale l'art. 432 c.p.p. si pone come epicentro dell'attuale disamina attiene, ovviamente, non tanto alla collocazione del fascicolo *de libertate* – se materialmente accluso a quello del dibattimento o da esso formalmente separato, ma posto nelle mani del medesimo giudice-persona fisica – bensì all'estensione più o meno indebita degli atti portati a conoscenza del giudice, così condizionandolo.

La rimarchevole intelaiatura, intessuta con paziente tenacia dal legislatore a cavallo tra il 1987-1988 e il 1999-2001, volta a perimetrare l'orizzonte gnoseologico entro cui la funzione giurisdizionale può legittimamente esplicarsi nel dibattimento, rischia di implodere proprio al cospetto delle fattispecie più gravi (quali verosimilmente sono quelle nelle quali si rende necessaria l'emissione di una cautela personale) perché, grazie alla trasmigrazione dell'ordinanza cautelare, il giudice è posto nella condizione di ottenere surrettiziamente e indirettamente informazioni sul contenuto di atti della fase pre-dibattimentale che dovrebbero, per regola generale, rimanergli preclusi.

1629 s. In dottrina, per i rilievi critici del caso, si v. RIVELLO, *La Corte costituzionale ribadisce la tesi volta ad escludere l'incompatibilità in caso di pluralità di decisioni emesse da un unico giudice nel corso della stessa fase procedimentale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2887 s.; ID., *L'intervento de libertate da parte del giudice del dibattimento non determina un'incompatibilità al successivo giudizio di merito*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 467 s. In generale, si v. più di recente, TODARO, *L'incompatibilità del giudice penale tra indirizzi consolidati e vuoti di tutela*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2074 s.

³⁶¹ Le ragioni a sostegno dell'assunto sono di tre ordini: a) l'esigenza di salvaguardare la natura stessa del procedimento, inteso quale sequela di atti ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo. Se il giudice di merito incorresse in una situazione di incompatibilità ogni volta che compia valutazioni preliminari, anche contenutistiche, che si incardinano nella fase dibattimentale si determinerebbe un'irragionevole frammentazione del procedimento, posto che in una stessa fase dovrebbero intervenire tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere; b) la funzione principale del giudice del dibattimento è quella di giudicare nel merito. La deliberazione cautelare si spiega in ragione del fatto che il giudice del giudizio è legittimamente investito del merito che inevitabilmente attrae la cognizione incidentale; c) infine, prefigurare una situazione d'incompatibilità significherebbe consegnare il processo alle parti, le quali, attraverso la continua proposizione di istanze cautelari, magari pretestuose, farebbero venire meno la titolarità del giudizio in capo al giudice individuato, con violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge.

³⁶² TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1750.

³⁶³ TODARO, *Osservazioni a C. cost. 22 marzo 2016, n. 87*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3256.

In ottica sistematica, il primo momento di frizione si coglie in relazione al decreto che dispone il giudizio. A poco servirebbe, in effetti, prevedere l'assenza di motivazione per il provvedimento che determina la *traslatio iudicii* laddove, in queste ipotesi, quella regola rimarrebbe «tranquillamente elusa (anzi, elisa)»³⁶⁴.

Anzi, e ad approfondire il *vulnus*, la motivazione di cui il giudice del dibattimento si giova viene a caratterizzarsi per i ridondanti connotati assunti oggi dall'art. 292 c.p.p., con il puntiglioso riferimento al contenuto di specifici, talvolta notevolmente estesi, atti delle indagini preliminari corredati dall'«autonoma» valutazione del giudice per le indagini preliminari.

A ciò si aggiunga che la semplice circostanza di trovare, tra gli atti conoscibili, un provvedimento motivato da un giudice autorevole quale il giudice per le indagini preliminari – mercé l'art. 7-bis, co. 2-bis ord. giud. – rappresenta condizione più che sufficiente per determinare l'intaccarsi di un pregiudizio difficilmente scalzabile, pur nel più ampio contraddittorio dibattimentale³⁶⁵.

Mediante la lettura dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare, magari integrata dal provvedimento del tribunale del riesame o della Corte di cassazione, il giudice del dibattimento può entrare in possesso di svariati elementi la cui idoneità pregiudicante nessuno potrebbe smentire.

Si ponga mente, per esempio, all'esposizione e autonoma valutazione di requisiti quali «le specifiche esigenze» e gli «indizi che giustificano in concreto la misura», corredati dall'«indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti» e dai «motivi per i quali essi assumono rilevanza». Da questa griglia filtra, o può filtrare, la base della futura pronuncia nel merito sull'imputazione: come si può pensare che il giudice che si sia abbeverato per decine, forse centinaia di pagine da questa fonte di conoscenza³⁶⁶, magari convalidate in sede collegiale o addirittura di legittimità, se ne dimentichi improvvisamente?

Come disconoscerne l'indiscutibile attitudine probatoria, *sub specie* di non condizionamento del giudice che quegli atti legge, è però questione che il codice non affronta ma della quale l'interprete si dovrebbe preoccupare ove ponesse mente, per esempio, alla circostanza per cui, per tale via, il giudicante potrebbe dettagliatamente studiare stralci di atti che non solo non avrebbero alcun titolo per entrare nel fascicolo per il dibattimento ma che, magari, «neppure potrebbero essere utilizzati dalle parti “per le contestazioni”»³⁶⁷.

Il sovvertimento della regola-cardine sulla quale si è voluto erigere il nuovo codice – la distinzione delle fasi e, con essa, dei fascicoli anche mediante l'abolizione del giudice istruttore – sarebbe grave e forse definitivo; ingenua la precauzione di un decreto che dispone il giudizio afono in punto motivazionale poiché tanto nell'ipotesi in cui l'inquisitore si sia premurato di conseguire la cautela entro la conclusione dell'indagine preliminare o

³⁶⁴ FRIGO, *Commento all'art. 432*, in *Commento*, cit., p. 736.

³⁶⁵ Quella di preservare la c.d. *virgin mind* del giudice del dibattimento è la spiegazione che si è soliti dare alla disciplina di cui all'art. 429 c.p.p. in punto di non motivazione del decreto. Cfr., GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 588.

³⁶⁶ Fonti di conoscenza, si badi, molto spesso compulsate a una distanza temporale del fatto molto minore rispetto alla celebrazione del dibattimento. La tendenza, quasi la tentazione, inconscia del giudicante a riporre maggiore affidamento sulle prime piuttosto che su quanto appreso in giudizio è forse comprensibile; tuttavia, questa altro non è che la situazione, invero piuttosto svilente, in cui versava il contraddittorio (nella sua versione “debole”) nel codice previgente.

³⁶⁷ Ancora, si v. FRIGO, *Commento all'art. 432*, in *Commento*, cit., p. 737.

dell'udienza preliminare, quanto in quella in cui la domanda cautelare sia stata proposta per la prima volta in dibattimento, non v'è chi non veda la frizione con uno dei più qualificanti principi a cui pur dovrebbe ispirarsi il codice accusatorio: l'impregiudicatezza conoscitiva del giudice che pronuncerà sentenza nel merito.

Tale principio, in effetti, altro non è che un precipitato tecnico del cardine su cui il legislatore nel 1987 ha eretto il nuovo edificio processualpenalistico ovvero l'esigenza di una netta cesura tra fase dibattimentale e attività anteriore a quella.

A poco sarebbe valso, allora, aver abolito il giudice istruttore, sdoppiato il fascicolo processuale, innalzato muri alla conoscenza del giudice dibattimentale protetto da un decreto che non motiva sulle circostanze per cui un diverso giudice ha reputato necessario l'approfondimento della regiudicanda nel contraddittorio delle parti davanti a un giudice terzo e imparziale, se poi, proprio nei casi più gravi, il sistema si contraddice così vistosamente: con la mano destra, continua formalmente a garantire tutto ciò ma, con la sinistra, a quello stesso giudice che si è fortemente voluto neutrale e vergine permette di allungare lo sguardo su materiali che, ordinariamente, dovrebbero restargli rigorosamente preclusi. E ciò proprio al fine di non intaccarne irrimediabilmente la serenità di giudizio.

Si è dell'idea che proprio nelle fattispecie più gravi, quali sono quelle ove l'imputato attende la pronuncia sull'imputazione in regime di restrizione cautelare (specialmente in carcere), il tasso globale di garantismo della disciplina positiva non possa accontentarsi di pallidi formalismi, sovente svuotati di senso pratico, dovendosi ulteriormente innalzare.

Sul tema degli atti utilizzabili dal giudice del dibattimento richiesto di o interessato da una misura cautelare, tema che si assume cruciale nel concorrere a delineare il volto accusatorio del sistema processuale, in giurisprudenza si riscontra un orientamento unitario a fronte, invece, di un ventaglio di ipotesi dottrinarie.

In dottrina, per schematizzare, si possono rinvenire tre orientamenti.

Per quello più rigoroso, ma minoritario, «quando [...] la richiesta cautelare segua al rinvio a giudizio, il sistema vuole che l'orizzonte sia circoscritto al fascicolo del dibattimento»³⁶⁸. Assecondando questa interpretazione, massimamente garantista della separatezza delle fasi e volta a preservare il più possibile la verginità mentale del giudice da probabili pregiudizi, per ogni decisione sul *thema de libertate* – tanto nelle ipotesi di prima applicazione, quanto di revoca o sostituzione – il giudice dovrebbe ricorrere, esclusivamente, al fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p.

Ciò tuttavia comporterebbe, in via di fatto prima ancora che di diritto, una notevole difficoltà per l'accusatore, dato che spesso il contenuto del *dossier* dibattimentale è assai scarno, per lo meno all'inizio del giudizio.

Onde evitare possibili “zone franche” e scongiurare pericolose forme di «immunità cautelare per l'imputato»³⁶⁹, ecco che un'altra dottrina – comunque ben conscia dei possibili rischi per la tenuta sistematica di taluni principi cardine del rito accusatorio – opta per una soluzione del tutto opposta, ammettendo l'impiego a fini cautelari degli atti contenuti anche nel fascicolo del pubblico ministero.

³⁶⁸ Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 883, ma concordano altresì BRICCHETTI, *Fino all'apertura del dibattimento spetta al gip svolgere l'esame di garanzia*, in *Guida dir.*, 1999, fasc. 18, p. 24; DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, cit., p. 1034; FRIGO *Commento all'art. 432*, in *Commento*, cit., p. 738; SPANGHER, *Le nuove disposizioni sulla competenza per materia e l'esame di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 277 e CARCANO-IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 122.

³⁶⁹ MARZADURI, voce *Misure cautelari personali*, cit., p. 66.

Oltre alla motivazione citata, circa la eccessiva snellezza del fascicolo *ex art. 431 c.p.p.* tale da non potere garantire all'accusatore il perseguimento delle esigenze di effettività della giurisdizione sottese all'*art. 274 c.p.p.*, si è soliti sottolineare come, anche a seguito della riforma costituzionale del 1999, il principio del contraddittorio – con il corollario del divieto di utilizzo degli atti raccolti o formati unilateralmente in indagini – è stato elevato a regola d'oro per la sola formazione della prova per la decisione di merito; per la prova dei fatti processuali, invece, residuerebbe spazio per regole decisorie diverse³⁷⁰.

Anche i fautori di questa tesi, tuttavia, non disconoscono la necessità di almeno un correttivo, quale la graduale e automatica sostituzione dei verbali delle prove assunte a dibattimento ai corrispondenti atti investigativi ubicati nel fascicolo del pubblico ministero e utilizzati, concretamente, a fini cautelari.

Infine, più di recente, si è registrato lo sforzo di superare questo bipolarismo operando un tentativo di discernere, nel più ampio *genus* afferente i provvedimenti cautelari, le ordinanze di prima applicazione da quelle *ex art. 299 c.p.p.*³⁷¹.

Da un lato, l'applicazione *ex novo* di una cautela personale – in particolare, di tipo custodiale – implicherebbe, per coerenza sistematica, che il giudice del dibattimento si servisse del, e attingesse dal, solo fascicolo di cui all'*art. 431 c.p.p.*, per quanto scarno esso sia. In questa fattispecie, non si rinvergono deroghe capaci di sovvertire i chiari riferimenti costituzionali in punto di terzietà del giudice e di contraddittorio, oltre ai casi tassativamente elencati all'*art. 111, co. 5 Cost.*

Nessun rischio, dunque, di zone franche e immunità cautelari, se non per vie di mero fatto. Una simile conclusione appare conseguenza fisiologica dei principi costituzionali, lasciando a ogni modo residuare la possibilità di una misura coercitiva disposta successivamente al rinvio a giudizio in quanto «spetterà al pubblico ministero individuare il momento più conveniente per proporre la richiesta cautelare, attendendo che nel fascicolo vengano inseriti elementi a carico di consistenza tale da giustificare l'emissione della misura restrittiva della libertà personale»³⁷².

In altri termini, (per lo meno) in queste ipotesi il rischio del processo tornerebbe a ricadere sullo Stato e sulla collettività e non più sull'imputato.

Dall'altro lato, tuttavia, pare opportuno diversificare la risposta nei casi di revoca o sostituzione di misura già applicata, prevedendo la possibilità del giudicante di attingere anche dal fascicolo del pubblico ministero: è la stessa *ratio* degli istituti in esame a tollerare, forse a imporre, l'utilizzo anche di risultanze probatorie diverse da quelle acquisite in dibattimento e cioè segnatamente di quelle accluse al fascicolo del pubblico ministero. Ciò sulla base dell'assunto, pacifico in giurisprudenza, secondo cui le istanze di revoca implicano il dovere di valutare tanto i fatti sopravvenuti quanto «quelli originari e coevi

³⁷⁰ Cfr., pur con sfumature diverse, BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari*, cit., p. 1147; NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 165 s.; BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, p. 142; VALENTINI, *La domanda cautelare*, cit., p. 33 e Busetto, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009, p. 216 s. il quale, da un lato, si mostra ben conscio delle incongruenze della soluzione prospettata ma, dall'altro, la ritiene inevitabile.

³⁷¹ TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1762 s.

³⁷² DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, cit., p. 1034.

all'ordinanza impositiva, facendoli oggetto di una valutazione eventualmente diversa da quella prescelta dal giudice che ha applicato la misura»³⁷³.

In un'ottica *pro reo*, l'interprete può allora valorizzare l'originaria *ratio* sottesa all'art. 432 c.p.p. in forza della quale «per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 299 c.p.p., il giudice del giudizio deve poter prendere cognizione immediata e diretta degli elementi posti a base dell'ordinanza applicativa, non accontentandosi dell'ottica in cui sono filtrati dalla motivazione del provvedimento cautelare»³⁷⁴. Come a dire che, nell'incidere *in melius* sullo *status detentionis* dell'imputato, il giudice del dibattimento non deve subire limitazioni conoscitive di sorta.

Si tenga altresì conto che, verosimilmente, l'intervento giurisdizionale in parola sarà – nella maggior parte dei casi concreti – rimesso all'iniziativa della parte interessata. Con il che, dunque, si è in grado di rinvenire anche un aggancio costituzionale – il «consenso dell'imputato» – alla “contaminazione mentale” del giudice, lasciando la scelta al difensore, soggetto a conoscenza del fascicolo del pubblico ministero nel suo complesso e dunque perfettamente in grado di contemperare i vantaggi dati dal sottoporre al giudicante riscontri *in bonis* ulteriori a quelli già acquisiti al dibattimento con gli svantaggi di fargli leggere, contemporaneamente, il carico indiziario ivi presente³⁷⁵.

In conclusione, e dando atto altresì che a oggi non sembrano immaginabili modifiche strutturali tali da rimodulare la competenza funzionale cautelare successiva al rinvio a giudizio³⁷⁶, l'opzione in parola si segnala per l'opportunità di diversificare il materiale conoscibile dal giudice del dibattimento in funzione della natura del provvedimento coercitivo richiestogli.

Su questa materia ricca di spunti critici, terreno di scontro di sensibilità distinte, la giurisprudenza di legittimità è invece piuttosto semplicistica. Essa ammette pacificamente, nelle pur esigue sentenze che hanno avuto modo di affrontare la questione³⁷⁷, l'impiego di atti di indagine acclusi al fascicolo del pubblico ministero ove il giudice del dibattimento sia investito di una richiesta cautelare, senza distinguere in merito al tipo di provvedimento domandatogli.

La tesi aderisce, dunque, al secondo indirizzo dottrinario citato, anche laddove ammette il temperamento della graduale sostituzione degli atti investigativi con quelli probatori assunti in dibattimento e la conseguente utilizzabilità soltanto di questi ultimi³⁷⁸.

Di recente, tuttavia, è stata investita della tematica la Corte costituzionale³⁷⁹ che, pur optando per la declaratoria di manifesta inammissibilità della questione rimessale, ci sembra

³⁷³ Cass., Sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 69 s., con nota di SPANGHER, *Le Sezioni unite sui rapporti tra riesame e richiesta di revoca dei provvedimenti cautelari*. Così anche CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 525 e BARGIS, *Procedimenti de libertate e giudicato cautelare*, cit., p. 176 s.

³⁷⁴ TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1767.

³⁷⁵ TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1769, rinviene l'aggancio di tale interpretazione nell'«ispirazione ideologico-politica del sistema che mira al più largo controllo giurisdizionale sulle restrizioni della libertà personale [e] non tollera deficit cognitivi che possono paralizzare l'operatività dei congegni in parola».

³⁷⁶ Come pure auspicato in dottrina, cfr. TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1776.

³⁷⁷ Cass., 26 novembre 2008, n. 1179, in *C.E.D. Cass.*, n. 242719; Cass., 14 febbraio 2001, n. 9395, in *Cass. pen.*, 2002, p. 287 e Cass., 30 giugno 1993, n. 3115, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 573 s.; *contra*, 10 gennaio 1994, n. 94, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 218.

³⁷⁸ Cass., 20 dicembre 2011, n. 10923, in *C.E.D. Cass.*, n. 252552.

³⁷⁹ Corte cost., ord., 13 aprile 2016, n. 87, in *Cass. pen.*, 2016, p. 428 con nota di TRAPELLA, *Quando il giudice del dibattimento è chiamato a rispondere alla domanda cautelare*, p. 4454 s.

abbia espresso – per la prima volta – indicazioni utili al riguardo, pur se soltanto indirettamente.

Il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 291, co. 1 c.p.p., nella parte in cui, secondo il c.d. “diritto vivente” costituito dalle sparse sentenze di legittimità citate, permetterebbe al giudice del dibattimento in funzione cautelare di utilizzare «elementi diversi da quelli legittimamente acquisiti [*rectius*, acquisibili] nel dibattimento».

La disposizione è censurata per asserito contrasto con gli artt. 111, co. 2 Cost. per quanto attiene all'imparzialità del giudicante, lesa dall'effetto pregiudicante che una valutazione approfondita nel merito – quale quella sottesa al sindacato sulla gravità indiziaria *ex* art. 273 c.p.p. – inevitabilmente comporterebbe, ove venisse compiuta alla luce di materiali che, in via ordinaria, dovrebbero restare inaccessibili; 27, co. 2 Cost. per l'evidente anticipazione di un sindacato sul tema della colpevolezza da parte di chi è istituzionalmente deputato a pronunciare sull'imputazione; 3 Cost. per l'irragionevole disparità, *sub specie* di incompatibilità alla funzione dibattimentale, rispetto a situazioni giudicate analoghe (di cui all'art. 34, co. 2-*bis* c.p.p.).

In disparte quest'ultima censura, agevolmente superabile mediante il rinvio alla copiosa e granitica giurisprudenza costituzionale circa la non necessità di implementazioni ulteriori dell'incompatibilità, il fulcro del ragionamento del giudice rimettente – che peraltro mostra di ricorrere all'incidente di legittimità allo scopo, palese, di «ottenere un avallo dell'interpretazione ritenuta corretta e costituzionalmente adeguata, nella prospettiva di preservare l'emanando provvedimento da censure in sede di impugnazione» – attiene alla lettura integrata degli artt. 291, co. 1 e 279 c.p.p.

Dal primo, in effetti, egli ricava unicamente il principio della necessaria domanda cautelare, certamente valevole anche nel dibattimento; ma tuttavia, ivi giunti, la disposizione non può non adeguarsi alle peculiarità della fase in cui è chiamata a operare.

Rilievo dirimente avrebbe allora la seconda disposizione, idonea non soltanto a individuare il giudice competente a statuire *de libertate* ma altresì, quasi fosse una disposizione “in bianco”, a delineare di volta in volta le concrete modalità di esercizio della funzione cautelare. Ciò comporterebbe che la disciplina in tema di elementi di prova utilizzabili a fini cautelari si dovrebbe identificare con quella propria della specifica fase del procedimento principale pendente ovvero con quella che qualifica il *modus procedendi* del «giudice che procede».

La Corte, come anticipato, ha gioco facile nel pronunciare l'inammissibilità manifesta, forte della propria consolidata giurisprudenza in punto di stretta residualità della declaratoria di illegittimità costituzionale: si dichiara illegittima una norma non perché di essa se ne può fornire una o più letture incompatibili con la Carta fondamentale, bensì soltanto laddove dalla stessa non si riesca a trarre neppure un'interpretazione conforme a Costituzione³⁸⁰.

E tuttavia, in chiusura, il giudice delle leggi si impegna nel lasciar trasparire, in modo stringato, il proprio pensiero che non sembra in effetti coincidere con quello del rimettente ma neppure con quello – forse un po' semplicistico – della giurisprudenza di legittimità.

La motivazione, peraltro redatta da un componente del collegio che all'indomani dell'entrata in vigore del codice Vassalli aveva espresso motivate e lucide perplessità circa l'art. 432 c.p.p., conclude osservando che «la soluzione prospettata dal giudice *a quo*

³⁸⁰ Tra le molte, si v. tra le più recenti, Corte cost., ord. 15 luglio 2015, n. 161, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1315 s. Così anche TRAPPELLA, *Quando il giudice del dibattimento è chiamato a rispondere*, cit., p. 4456.

condurre a risultati palesemente disfunzionali, rendendo, di fatto, quasi sempre impossibile, o fortemente problematica, non solo l'applicazione delle misure cautelari, ma anche, di riflesso, la loro revoca o sostituzione a vantaggio dell'imputato, nella fase che precede l'inizio dell'istruzione dibattimentale (o, *amplius*, la compiuta acquisizione della prova)».

Con il che, sono possibili alcune conclusive considerazioni.

Anzitutto, pare potersi qui rintracciare un primo, pur tenue, punto di partenza per coltivare gli spunti provenienti da una più recente dottrina in punto di distinzione, ai fini che ci riguardano, tra richiesta di applicazione *ex novo* ovvero di revoca o sostituzione di una misura coercitiva³⁸¹. Il peso dei differenti interessi in gioco – la tutela quanto più estesa possibile di interessi pubblici e, in ultima analisi, della collettività, da un lato, e l'esigenza di modellare lo *status* cautelare dell'imputato alle sopravvenienze alla luce del canone del *favor libertatis*, dall'altro – impone di tollerare il valico degli angusti perimetri fissati dall'art. 431 c.p.p. alla cognizione del giudice, soltanto nel caso in cui egli sia chiamato a pronunciarsi in funzione cautelare ai sensi dell'art. 299 c.p.p.

E ciò perché la libertà personale costituisce bene di pregnanza tale la cui piena tutela, in presenza dei presupposti per la revoca o la sostituzione di una cautela, impone anche di lasciare condurre la residua fase dibattimentale a un giudice potenzialmente pregiudicato dalla lettura di atti a cui, altrimenti, non avrebbe potuto accedere; operazione che, nei casi di applicazione per la prima volta, invece, ci pare stridere troppo fortemente con valori costituzionalmente primari (imparzialità e neutralità del giudicante, presunzione di non colpevolezza) della cui sicura soccombenza rispetto alle esigenze cautelari v'è motivo per dubitare³⁸².

Tuttavia, la Corte si mostra realmente preoccupata per la tenuta dell'effettività del sistema nel suo complesso che, ove ricostruito secondo le “rime baciato” indicate dal rimettente (e da una certa autorevole, ma minoritaria dottrina) si presterebbe, soprattutto nelle battute iniziali del dibattimento, a non consentire quasi mai l'applicazione di una cautela personale.

Si tratta di un'obiezione valida e di buon senso. Tuttavia, in una prospettiva ideologica, non può non stupire come preoccupazioni di tipo preventivo e securitarie siano così candidamente reputate sempre degne di migliore tutela rispetto ai contrapposti beni della libertà personale e delle precondizioni minime in presenza delle quali la funzione giurisdizionale di merito sia chiamata a estrinsecarsi proficuamente.

³⁸¹ Così, TODARO, *Osservazioni a C. cost.* 22 marzo 2016, n. 87, cit., p. 3260 e, ID., *Nodi irrisolti e aporie di sistema*, cit., p. 1767 s.

³⁸² Non sembra di questa idea TRAPPELLA, *Quando il giudice del dibattimento è chiamato a rispondere*, cit., p. 4465, quando afferma che «le esigenze dell'art. 274 c.p.p. sono al punto forti e, quindi, l'urgenza di applicare le misure è talmente impellente, da avere il legislatore previsto che, in un caso siffatto, il pubblico ministero possa allegare alla propria richiesta *tutti* gli elementi che egli ritenga necessari, secondo un'impronta discrezionale esclusa al vaglio della Consulta». Simile assunto, invero, si risolve in una petizione di principio laddove assume come dato scontato proprio ciò che costituiva l'oggetto dell'incidente di costituzionalità, ovvero se il p.m. potesse allegare alla domanda cautelare (e il giudice del dibattimento pronunciarsi sulla scorta di) davvero tutti gli elementi indiziari reputati idonei.

In ogni caso, questa tesi, nel conferire rilievo primario ai *pericula libertatis* rischia di celare una visione della cautela soltanto formalmente improntata al principio di *extrema ratio*. Inoltre, a poco servirebbe rimarcare, peraltro in via del tutto apodittica, nonché in contraddizione con una ventennale giurisprudenza costituzionale in materia, che «quello cautelare non può, né deve essere, un pre-giudizio, e, allo stesso modo, l'ordinanza *de libertate* non può, né deve essere, una pre-condanna» (p. 4467) poiché il tema di fondo – ovvero: il condizionamento *in malam partem* del giudice dibattimentale, dovuto alla previa lettura degli atti del fascicolo del p.m. acclusi alla domanda cautelare, è costituzionalmente legittimo o tollerabile? – risulta semplicemente eluso.

Tornano alla mente, di nuovo, le parole di una dottrina sensibile al tema della restrizione *ante iudicium* quando denuncia come l'ordinamento abbia finito, a piccoli passi, per porre «sempre in primo piano l'interesse investigativo dell'inquirente»³⁸³, lasciato libero qui di «inquinare» anche la verginità conoscitiva – e per essa, la terzietà – del giudicante in nome della preoccupazione di garantire adeguata, “forte” cura ai *pericula libertatis*.

In ottica sistematica, la tesi in esame – per come adombrata anche dalla Corte costituzionale – è nel senso di legittimare le smagliature già presenti nell'ordito codicistico: le tensioni con la struttura del decreto che dispone il giudizio, la surrettizia elusione della disciplina del doppio fascicolo, il conseguente pericolo di devitalizzare l'imparzialità del giudicante portato a preferire inconsciamente i dati conoscitivi acquisiti a minore distanza dal fatto (non importa acquisiti “come” e “da chi”, purché assicurati “subito”) rischiano di riportare l'ordinamento indietro, a un livello pre-1988. E ciò, è bene ricordare, proprio nei casi in cui l'imputato è tratto a giudizio per rispondere delle imputazioni più gravi.

Risulta arduo disconoscere, da un lato, che il rischio processuale è, in questi casi, addossato maggiormente al privato che allo Stato e, dall'altro, che ci troviamo di fronte a una forma larvata di condizionamento improprio (dal cautelare al processo di merito), nonostante il contrario avviso di dottrina e giurisprudenza maggioritarie.

7. Il “giusto procedimento cautelare”: verso il superamento del dogma?

In conclusione di questo capitolo, in cui si è affrontata la tematica dei condizionamenti tra procedimento incidentale *de libertate* e processo di merito, è opportuno tracciare una considerazione di sintesi.

Ragionare in termini di preclusione o condizionamento di un procedimento sull'altro è possibile soltanto laddove i due poli del rapporto tendano sempre più ad assomigliarsi. Nei codici del 1930 e del 1988, simile osmosi era impensabile; in quello odierno, invece, v'è chi dubita di tale assunto al punto da paventare l'idea (o il timore, a seconda dei punti di vista) che l'incidente cautelare, con la sua giurisdizione leggera ma dalle forme e dagli effetti pesantissimi (a volte irreversibili), sia nei fatti così estesa, penetrante ed efficace da «poter sostituire in qualche caso l'accertamento sul merito dell'imputazione»³⁸⁴.

Nell'attuale momento storico, in cui «il baricentro processuale [...] tende all'anticipazione, con conseguente inevitabile appesantimento delle forme, delle garanzie e dei tempi procedurali»³⁸⁵, si assiste a un curioso cortocircuito.

Non si è forse ancora compreso né realmente accettato che «garanzie processuali e celerità del processo sono [...] valori tra loro per lo più incompatibili ed obiettivamente alternativi»³⁸⁶ e che l'avere plasmato un procedimento incidentale sulla falsariga di quello

³⁸³ AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 374.

³⁸⁴ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014p. 21; SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso – Peroni, Piacenza, 2010, p. 804. Sulla stessa lunghezza d'onda IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2190 s.

³⁸⁵ SPANGHER, *La pratica del processo penale. Indagini preliminari e udienza preliminare. Il giudizio. Il procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica*, II, Padova, 2012, p. 338.

³⁸⁶ GREVI, *Dietro la vicenda delle scarcerazioni facili le contraddizioni della durata dei processi*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. 15, p. 9. Così anche DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 885.

principale³⁸⁷, con la trasposizione dal secondo al primo di taluni istituti di indubbio spessore garantista, ha implicato il gigantismo del procedimento incidentale, il progressivo suo avvicinamento a quello di merito e l'avvio di quel circolo vizioso tra necessità di evadere dal giudizio di merito attesa la sua lentezza, in favore dell'incidente, e sempre maggiore durata del primo, di cui pure si è dato conto nel presente capitolo.

Chi frequenta abitualmente le aule di tribunale percepisce nitidamente che, sovente, la partita giudiziaria si gioca molto più al tavolo del giudice per le indagini preliminari e del tribunale del riesame che non a quello del dibattimento.

I due procedimenti corrono a tal punto su binari convergenti, almeno a far data dal 1995, che, ormai, è entrata nel lessico corrente la dizione di “giusto processo cautelare” per indicare «l'epilogo di un cammino che, attraverso varie tappe [...] ha visto progressivamente sfumare le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito»³⁸⁸, con tendenziale omologazione anche dei criteri decisori (grazie all'art. 273, co. 1-bis c.p.p.³⁸⁹).

Certo nessuno disconosce le differenze che, tuttora, esistono tra il procedimento preordinato alla pronuncia di condanna e la delibazione funzionale unicamente all'esercizio del potere cautelare: diverso è il grado di conferma dell'ipotesi accusatoria, sorretta da un quadro probatorio ispirato o meno al principio di completezza; diversi sono le finalità dei poteri giurisdizionali in gioco; diverso, ancora, il metodo di vaglio del sapere giudiziario.

Ciò tuttavia non sposta di un passo il problema a livello sistematico. In breve, e procedendo per spunti: gli artt. 111, co. 4 – nell'imporre un'opzione epistemologica smentita nel procedimento cautelare³⁹⁰ – e 27, co. 2 Cost. – dal quale si ricava il divieto di fare ricadere esclusivamente o prevalentemente il rischio del processo sulla persona a esso sottoposta³⁹¹ – sono o dovrebbero essere chiari nel pretendere un'applicazione davvero minimale della custodia *ante iudicium*, specialmente di forme di coercizione personale custodiali.

Come si è visto anche nel capitolo precedente, la necessità di contrastare la tuttora diffusa tendenza a una troppo estesa adozione di misure privative della libertà personale non pare possa essere garantita mediante ciclici rattoppi legislativi ai presupposti del *fumus* e dei *pericula libertatis*³⁹²: questa è una strada già più volte battuta dal legislatore, a partire sin dai primi anni di vigenza del codice “nuovo”, con i risultati ben noti a tutti³⁹³.

Ecco che, allora, la vera questione cambia di oggetto. Non più, soltanto, l'indagine e l'irrobustimento di ciò che distingue la pena dalla cautela, sotto il profilo delle finalità

³⁸⁷ Cfr. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012; TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1393, secondo cui «ormai nel procedimento cautelare la valutazione dei gravi indizi [ha] raggiunto un grado di contraddittorio abbastanza elevato» e SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, cit., p. 804-5.

³⁸⁸ Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 36267, Spennato, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 44, p. 50 commentata da FRIGO, *Passi avanti nell'affermazione del giusto processo cautelare*, p. 57.

³⁸⁹ Su cui, da ultimo, TODARO, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4243 s.

³⁹⁰ E un ordinamento che «non rispetta la propria scelta metodologica perde di credibilità», così GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del), II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, IX, agg., 2001, p. 6.

³⁹¹ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 33.

³⁹² DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato*, cit., p. 892.

³⁹³ Salvo prendere in esame la (presumibile) provocazione di DAVIGO, *Magistrati in politica, parla Davigo*, in *Il Fatto Quotidiano online*, 28 luglio 2016, secondo cui «i presupposti della custodia cautelare devono essere analoghi a quelli necessari per la sentenza di condanna».

perseguite e dei termini massimi di durata, bensì la riduzione quantitativa del ricorso allo strumento cautelare in genere e custodiale nello specifico.

In quest'ottica, dunque, i risultati cui dottrina e giurisprudenza sono pervenuti in tema di condizionamento e preclusione possono essere utilizzati quale punto di partenza onde immaginare un sistema cautelare non più "a costo zero" per l'inquirente, consapevoli che, per sradicare la vischiosa tendenza del sistema accusatorio a mantenere un "cuore inquisitorio"³⁹⁴, è sul piano dell'effettivo riequilibrio dei poteri degli attori processuali che pare opportuno intervenire con rinnovata consapevolezza e maggiore energia.

Fino a che, da un lato, il pubblico ministero, oltretutto delle indagini preliminari sarà concepito – e forse socialmente accettato – come *dominus* della libertà personale dell'inquisito e, dall'altro, si manterrà il giudice per le indagini preliminari "schacciato" dall'ipertrofia dell'investigatore, «la scelta tra accusatorio e inquisitorio [come] frutto soprattutto dell'ideologia»³⁹⁵ rischia di essere, sostanzialmente, posticipata di continuo.

³⁹⁴ Secondo il celebre titolo di un saggio di NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. del dir.*, 1992, fasc. 4/5, p. 11 s.

³⁹⁵ VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Garlati, Milano, 2010, p. 19.

Sezione II

Archiviazione per assenza di gravi indizi cautelari.

SOMMARIO: 1. L'archiviazione. Logica del controllo giurisdizionale sull'inazione. – 2. La regola di giudizio: dall'*in dubio pro actione* ai più recenti approdi. – 3. La l. 46 del 2006 e l'introduzione, nell'art. 405 c.p.p., del comma 1-bis: infondatezza della notizia di reato e insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. – 4. Disposizione «in difficoltà di senso»: un interludio abnorme. – 5. Ortopedia necessaria: una norma (davvero?) tre volte irragionevole, ma con qualche futuro spiraglio.

1. L'archiviazione. Logica del controllo giurisdizionale sull'inazione.

Soltanto in esito a una lettura frettolosa e un po' superficiale l'interprete potrebbe concludere che «la Carta costituzionale non dedica alcuna norma all'archiviazione»³⁹⁶. Sol che si consideri, invece, che quest'ultima altro non è se non la faccia oscura dell'azione si possono trarre talune, non irrilevanti, considerazioni introduttive.

La prima, non banale, è che in un ordinamento ispirato al principio di legalità – tanto sostanziale ovvero “dei delitti e delle pene”, quanto processuale – «è sull'azione che cade l'accento»³⁹⁷, nel senso che se l'azione dev'essere, almeno tendenzialmente, la regola ne consegue che l'archiviazione si ritaglia il ruolo di istituto eccezionale³⁹⁸.

Il secondo corollario, fondamentale ai fini di un corretto inquadramento sistematico dell'istituto, è rappresentato dalla considerazione, unanime in dottrina sin dall'approvazione del nuovo codice, secondo cui «l'archiviazione costituisce l'alternativa all'azione»³⁹⁹, in ciò esaurendo le opzioni rimesse alla pubblica accusa⁴⁰⁰.

Rappresentando «una realtà “in negativo” dell'azione penale», i requisiti dell'una non possono che desumersi, specularmente, da quelli previsti per l'altra: in altri termini, «non è ammissibile che i presupposti dell'azione e quelli dell'archiviazione siano anche soltanto in parte sovrapponibili»⁴⁰¹. Con ciò semplificando di molto il compito dell'interprete nel ricondurre a sistema un istituto per molti versi uscito stravolto dalla codificazione, offrendogli la possibilità di impiegare, solo invertendoli, i medesimi parametri euristici.

³⁹⁶ GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2ª ed., Torino, 1994, p. 7.

³⁹⁷ GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 553.

³⁹⁸ E come tale da interpretare rigorosamente, cfr. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 19, ma non può condividersi l'interpretazione per cui i casi riconducibili al fatto non costituente reato e alla non imputabilità del reo non risulterebbero archiviabili. Di questa opinione, CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, p. 430 e CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 66.

³⁹⁹ RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 131. In questo senso, si esprime praticamente tutta la dottrina. Si v., a titolo esemplificativo, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 328 e 337; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1280; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 71 e 89; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, p. 58 s.; NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 1991, p. 321.

⁴⁰⁰ DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 59.

⁴⁰¹ Questa, come la precedente citazione, è tratta da GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 11.

La specularità degli istituti discende da un preciso modo di interpretare il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui al pur «laconico precetto dell'art. 112 Cost.»⁴⁰².

In armonia con l'opzione interpretativa maggioritaria, il legislatore del 1988 ha delineato un sistema che vincola il pubblico ministero a esercitare l'azione penale non già automaticamente⁴⁰³, in conseguenza cioè della mera ricezione di una *notitia criminis*, bensì soltanto quando ricorrano i puntuali presupposti stabiliti dalla legge, ancorati, in via di prima approssimazione, alla fondatezza della notizia⁴⁰⁴.

Ogni lettura opposta, anche soltanto dubitativa sul punto, oltre a relegare a una pericolosa irrilevanza l'istituto che qui si esamina, assegnerebbe all'art. 112 Cost. un obiettivo tanto a esso estraneo quanto utopistico: voler, cioè, assicurare l'intervento giurisdizionale su ogni *notitia criminis*⁴⁰⁵.

Procedendo nello sviluppo dell'indagine, si può apprezzare la messa a fuoco di un ulteriore profilo di sicuro pregio sistematico. Nonostante la dottrina maggioritaria fosse concorde nell'affermare la natura doverosa, per il pubblico ministero, di procedere alla richiesta di archiviazione ove ne ravvisi i presupposti⁴⁰⁶, a oggi si lascia preferire la tesi opposta secondo cui «l'esercizio avventato della *potestas agendi* non fa scattare alcun meccanismo sanzionatorio di natura processuale»⁴⁰⁷. A tale conclusione si perviene non tanto

⁴⁰² GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino, 2017, p. V.

Sul dibattito in Assemblea Costituente, si v. NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *La magistratura*, Bologna, 1987, p. 43 s. La formulazione, pur estremamente concisa e forse un po' *tranchant* della disposizione, rinviene la propria origine storica in un «giudizio negativo circa l'uso che, durante il regime fascista, era stato fatto del principio di discrezionalità, anche per effetto di forti condizionamenti di tipo politico», così GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, p. 47. Sulla stessa lunghezza d'onda, cfr. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2665 s.

Non costituirà oggetto del presente contributo l'analisi circa la labilità, di fatto, dei confini tra obbligatorietà e discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, largamente dipendente da variabili non soltanto giuridiche, ma altresì istituzionali, culturali e burocratiche. Per spunti in tal senso, si v. per tutti NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, p. 89 s. e DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. pen.*, I, 1987, p. 409 s.

⁴⁰³ ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 958.

⁴⁰⁴ Cfr., CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 330 e GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 8, il quale specifica che «l'art. 112 Cost. non dispone che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare sempre l'azione penale, bensì che il pubblico ministero ha sempre l'obbligo (e non la facoltà) di esercitare l'azione penale: sottinteso, quando ne ricorrono i presupposti». Il corsivo è tratto dall'A.

⁴⁰⁵ Obiettivo utopistico, come si è detto, dunque «pericoloso: quando la norma ignora la realtà, è fatale che ne resti ignorata», così GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 8. Sulla stessa lunghezza d'onda, GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 250 e CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 330.

Sull'annosa tematica della «selezione» delle notizie di reato e sul fallimento dell'obbligo di esercizio dell'azione penale si è scritto moltissimo. Si v., a titolo di esempio, *Considerazioni sui profili di rilievo processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 404 s.; in un'ottica correttamente intesa a difendere il valore, giuridico e politico, dell'art. 112 Cost., CERESA GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1415 s.; CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, cit. e VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 251 s. e in particolare p. 255.

⁴⁰⁶ Si v. DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in *L'udienza preliminare*, Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino, 20-22 settembre 1991, Milano, 1992, p. 78 e GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1281.

⁴⁰⁷ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 332, secondo cui, condivisibilmente, «se il pubblico ministero dispone o richiede il rinvio a giudizio in difetto delle condizioni stabilite dalla legge, l'ordinamento non «reagisce» né con una comminatoria di invalidità dell'atto propulsivo... né consentendo al giudice di «trasformare» l'azione in

per via di ardue operazioni esegetiche condotte in seno all'art. 112 Cost., bensì facendo leva sull'assenza di meccanismi reattivi previsti positivamente dal sistema, ispirato anzi a un marcato – per lo meno nella fisionomia originaria – *favor actionis*⁴⁰⁸. Con il che, allora, si deve avere ben chiaro che in tanto si può discorrere di dovere, per il rappresentante dell'accusa, di non agire e cioè di determinarsi per l'esito archiviativo soltanto a condizione che si tenga presente che la sua violazione è del tutto improduttiva di effetti sul piano giuridico, risolvendosi il comando in un mero «modello legale di comportamento»⁴⁰⁹. Parafrasando un autorevole interprete, non può quindi definirsi tecnicamente invalida l'azione penale promossa da quel pubblico ministero che voglia «farsi dare torto»⁴¹⁰.

Alla base di questo tema si staglia una disputa circa la concezione dell'archiviazione, dai riflessi tutt'altro che sterili.

V'è, infatti, la tendenza a scorgere in questo istituto i tratti fisiognomici della vecchia sentenza istruttoria di proscioglimento dotata, innanzitutto, del connotato della giurisdizionalità. Da questa premessa discenderebbe non soltanto la supposta doverosità della richiesta di non agire⁴¹¹, ma anche lo sprigionarsi, dal provvedimento archiviativo, di effetti preclusivi equiparabili a quelli dell'odierna sentenza di non luogo a procedere⁴¹², direttamente collegati al «carattere afflittivo delle indagini»⁴¹³.

Secondo altra interpretazione, forse preferibile in quanto meno radicale, l'archiviazione – quale semplice “autorizzazione a non agire”⁴¹⁴ – consta soltanto della pronuncia mediante la quale si statuisce che non v'è nulla da decidere pena, altrimenti, il «sovertimento delle gerarchie costituite dal nuovo codice (vale a dire, se non si vuole che, di diritto oltre che di fatto, la fase delle indagini si veda attribuito il rilievo primario nel sistema del processo penale)»⁴¹⁵.

Il risvolto più delicato di tale diatriba attiene all'attribuire o meno al provvedimento di archiviazione valenza preclusiva, in quanto ciò costituisce un chiaro sintomo di

inazione». Cfr., FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notitia criminis*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 315.

Su una linea del tutto opposta, invece, GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 12, secondo cui per tale via si giunge a un inammissibile spazio rimesso all'opportunità dell'inquirente; principio bandito in questa materia, che si sostanzia nel potere legittimamente percorrere tanto la strada inattiva quanto quella dell'azione rispetto a una fattispecie concreta.

⁴⁰⁸ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586.

⁴⁰⁹ Ancora, CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 333. Che questa fosse, e sia, l'ottica del legislatore codicistico v'è traccia nella stessa architettura sistematica del nuovo codice: la sede, il momento deputato a “filtrare” le imputazioni azzardate è soltanto l'udienza preliminare. Da ciò si desume, scorso l'ordito codicistico in filigrana, che il “rimedio” previsto all'imputazione “azzardata”, formulata pur in presenza dei presupposti per l'archiviazione, si esaurisce nella scure della sentenza di non luogo a procedere. Così, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di Marchetti, Napoli, 2007, p. 26 e AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, p. 86.

⁴¹⁰ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 40.

⁴¹¹ Doverosa, al pari dell'azione penale dalla quale mutua il carattere. Cfr., GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 10, 12 e 23; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1281 e DOMINIONI, voce *Azione penale*, cit., p. 400.

⁴¹² GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 99-100. Questa concezione, forse tacciabile di eccessiva rigidità, porta con sé notevoli implicazioni in tema di completezza delle indagini, principio su cui si avrà modo di tornare più avanti.

⁴¹³ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 463.

⁴¹⁴ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 477.

⁴¹⁵ CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 63.

giurisdizionalità del provvedimento. Tuttavia, a calare compiutamente questo portato nell'assetto codicistico del 1988 si rischia di scardinarne gli assi portanti.

Il legislatore ha, infatti, inteso fornire alle indagini carattere marcatamente non giurisdizionale e pre-imputativo (da qui, le opzioni circa l'abolizione del giudice istruttore, l'assenza di un imputato e di un'imputazione propriamente detta e lo spostamento dell'esercizio dell'azione penale al termine, e non già all'inizio, dell'investigazione); il problema, semmai, è che «rispetto all'istruzione sommaria non è affatto mutato il contenuto sostanziale delle indagini»⁴¹⁶.

Anticipando conclusioni cui si perverrà nel prosieguo, si può però rilevare che la forza espansiva delle indagini preliminari – sin da subito caratterizzatesi per il principio di “tendenziale completezza” – è dipesa in via diretta anche da scelte compiute proprio in punto di archiviazione laddove, nel fissare la soglia probatoria per l'accesso alla fase dibattimentale, il codificatore si è assestato a un livello molto elevato, con ciò producendo due controindicazioni potenzialmente *contra reum*.

Da un lato, la formalistica sottrazione dell'inchiesta di parte dal perimetro della giurisdizione non ha impedito agli atti unilateralmente raccolti dall'inquirente di assumere peso e rilievo inusitati, nonostante l'argine eretto nel 1999 con la riscrittura dell'art. 111 Cost.⁴¹⁷. Dall'altro, invece, lo «sviluppo ipertrofico delle investigazioni [...] ha accentuato quei caratteri di sostanziale giurisdizionalità e processualità dell'indagine preliminare», così palesando una generalizzata fragilità – se non proprio un'inadeguatezza⁴¹⁸ – dell'architettura sistematica sorta dalla codificazione, esauendosi in una privazione per l'inquisito delle garanzie giurisdizionali di cui pure beneficiava nella vecchia istruzione sommaria.

L'esito dell'assetto codicistico si coglie appieno proprio nell'ambivalenza del provvedimento archiviativo in punto di effetti preclusivi. Quanto detto si ricollega alla scelta fondamentale di innalzare la soglia di esercizio dell'azione penale, secondo standard e parametri nel tempo ulteriormente elevati⁴¹⁹, sino a concepire come certamente legittima – e forse anche pienamente opportuna – l'innalzazione chiesta e ottenuta in presenza di circostanze che renderebbero necessariamente operative le garanzie giurisdizionali⁴²⁰.

⁴¹⁶ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 481. Della stessa opinione, in vari scritti, NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

⁴¹⁷ Già cinquant'anni fa, autorevole dottrina ammoniva circa la contraddittorietà di progetti di riforma miranti a irrobustire il dibattimento, quale sede centrale e privilegiata della giurisdizione, elevandone al contempo la soglia di accessibilità: un esercizio dell'azione penale troppo motivato comporta necessariamente un «soffocamento» della fase del giudizio, per potenziare la quale è invece opportuno fare precedere il rinvio a giudizio da una «semplice inchiesta di parte», snella, non fondata sul contraddittorio tra le parti, dettando regole di giudizio poco selettive per l'instaurazione del processo. Cfr., CONSO, *Natura e funzioni del pubblico ministero*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969, p. 552 s.

Si coglierà meglio in seguito il nesso tra innalzamento dello standard per l'esercizio dell'azione penale e “peso” di ciò che quel momento precede.

⁴¹⁸ NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 29.

⁴¹⁹ Cfr., RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., 131 e 136.

⁴²⁰ È da condividere la tesi di NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 241 ove afferma «molto opinabile [...] consentire una archiviazione anche dopo, ad esempio, un provvedimento di cattura. Se v'è sufficiente “materia” per catturare, come può non esservi “materia” per reputare integrato in ciò un esercizio dell'azione?». La domanda, suonata forse retorica per circa venticinque anni, giunge sino ai nostri giorni: v. CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 834 s. nonché, volendo, MALERBA, *Nessun controllo sull'azione penale in caso di domanda cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4626 s.

Eppure è proprio la tematica afferente alla preclusione, così come interpretata dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità⁴²¹, a svelare il cortocircuito dell'ordito. «Con l'intento di frenare eccessi inquisitori, per espropriare l'organo di accusa del suo potere-dovere di esercitare l'azione»⁴²², si è giunti a smuovere le fondamenta del sistema del 1988, pervenendo a (ri)attribuire alle investigazioni quella patente di giurisdizionalità – di cui l'effetto preclusivo costituisce senza dubbio una delle peculiarità più sintomatiche – che il codificatore ha cercato con «sforzo costante, e fin eccessivo, di esorcizzare»⁴²³. Il confronto con la stabilità impressa dagli artt. 434-435 c.p.p. alla sentenza di non luogo a procedere⁴²⁴, per un verso, e la giusta considerazione secondo cui ragionare altrimenti «significa introdurre una consistente limitazione di natura estrinseca all'operatività dell'obbligo sancito dall'art. 112 Cost.»⁴²⁵, per l'altro, dovrebbero allora sospingere l'interprete a preservare il carattere non giurisdizionale dell'archiviazione e, per suo tramite, delle investigazioni che la precedono.

Si è detto che con il provvedimento di archiviazione la parte pubblica assume le proprie determinazioni in merito al non esercizio dell'azione – opzione esattamente speculare alla formulazione della richiesta di rinvio a giudizio⁴²⁶ – dal quale, per coerenza sistematica e disciplina positiva, l'interprete dovrebbe allora muovere al fine di negare la propalazione di effetti preclusivi circa il successivo esercizio, per la prima volta, dell'azione⁴²⁷. Ragionare

⁴²¹ Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4053 s.

⁴²² GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 565.

⁴²³ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 14. Per concludere sul tema dell'effetto preclusivo dedotto dall'art. 414 c.p.p., «meglio, in definitiva, rimanere fedeli alla formulazione letterale [...] concludendo che con esso si è voluto predisporre un controllo sul riavvio delle indagini chiuse a suo tempo con l'archiviazione [...] Ne discende che l'unico effetto derivante dalla ripresa delle attività inquirenti in assenza del prescritto *placet* consiste nell'inutilizzabilità degli elementi rinvenuti, senza che il pubblico ministero possa dirsi privato della propria prerogativa istituzionale», così CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 79; *contra*, invece, GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 99-101 e KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 355.

È pur vero che, così facendo, si finisce per lasciare sguarnito di adeguate difese l'indagato "colpito" dal successivo esercizio dell'azione penale, successivamente all'esito archiviativo del primo procedimento a proprio carico per il medesimo reato, ma quest'interpretazione – evidentemente non appagante totalmente – pare l'unica in grado di contenere entro ambiti fisiologici le rilevanti spinte centrifughe e asistematiche di cui si è detto, e ricucire il più possibile le pur presenti lacerazioni del tessuto codicistico.

⁴²⁴ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 464 s.

⁴²⁵ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 472.

⁴²⁶ ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'azione*, cit., p. 962; per CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 307 ciò ha comportato «istituire un diretto collegamento tra la regola probatoria dettata per il passaggio a giudizio e il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale».

⁴²⁷ CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 63. I più lucidi fautori di questa tesi sono CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 317 s. 476 s. e CORDERO, *Chi abusa del processo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1423 s.

La tematica, come è noto, è stata affrontata e risolta dalla Corte costituzionale, con sentenza 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1371 s. con nota di CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*.

Sentenza, per lo più, «criticata e criticabile» (GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 565; ID., *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 136 s.) laddove trascina l'istituto dell'archiviazione in una «crisi irreversibile di identità» (CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 476). Non potendo dilungarci su un tema di centrale rilievo – che condurrebbe l'analisi ben oltre i limiti imposti dalla pertinenza – ci si può però limitare a qualche considerazione maggiormente di sistema. Se è condivisibile l'argomento speso per giustificare l'equiparazione tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione, *sub specie* di effetti preclusivi, attinente alla tutela del cittadino colpito da potenziale accanimento persecutorio dell'autorità inquirente dopo avere visto la chiusura del primo procedimento a suo carico per il medesimo fatto di reato, è altrettanto innegabile che questa tesi muove da una premessa concettuale che rischia di giustificare una prassi degenerata ovvero «l'idea che il vero processo si svolga nelle indagini» (CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 66).

diversamente implicherebbe, infatti, il riconoscimento – beninteso a livello positivo, giacché per via di mero fatto si tratta di un’acquisizione ormai pacifica – dell’«attuale spaventosa afflittività dell’inchiesta penale»⁴²⁸, giano bifronte rispetto al quale è diffusamente percepito il bisogno di tutelare l’inquisito “*come se*” si trattasse di un soggetto nei cui confronti si sia esplicitata la giurisdizione: intento di per sé né illegittimo né, forse, inopportuno, ma rispetto al quale dev’essere chiaro che il tessuto codicistico rischia di tendersi sino allo strappo⁴²⁹.

Si compia adesso un passo indietro. Se correttamente inteso, dunque, l’art. 112 Cost. permette di approfondire il ragionamento sin qui condotto. Pur non obbligato a optare per l’archivio – in difetto dei presupposti normativi per esercitare l’azione – il pubblico ministero, all’esito delle indagini preliminari, si dibatte tra le secche di un’alternativa *tranchant* il cui esito, ove opti per l’inazione, «è da escludere che possa essere [una propria] insindacabile prerogativa»⁴³⁰.

Non è, difatti, inutile riaffermare che delegare o rimettere al destinatario di un obbligo il potere di valutare la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti da cui lo stesso nasce equivale a trasfigurare l’obbligo in facoltà. Se la garanzia di un corretto esercizio dell’azione penale si può ottenere soltanto mediante l’attivazione di un effettivo controllo giurisdizionale sull’ipotesi di reato di cui si è già apprezzata la fondatezza, ne consegue che solamente a un giudice può allora essere rimesso il sindacato circa la «legittimità dell’inazione, per scongiurare un governo discrezionale della *potestas agendi*»⁴³¹.

Si entra, dunque, nel delicato – nonché politicamente sensibile – tema del controllo sull’inerzia del pubblico ministero e si tocca con mano il cuore del problema a fronte del quale si staglia la norma costituzionale⁴³². Il timore del Costituente era rappresentato dai, veri o presunti, “porti delle nebbie” o “insabbiamenti” operati dalle procure (in epoca fascista); ne è conseguito, a fronte di azioni penali omesse, un necessario controllo che, per non essere tacciato di ineffettività, deve essere affidato a un soggetto esterno sul piano

Qui l’interprete interseca la medesima faglia sulla quale si è costruito, con equilibrio malfermo, il ruolo del giudice per le indagini preliminari in materia cautelare. Nel sistema precedente, infatti, l’assenza di un’efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo era giustificabile in virtù della leggerezza “minimale” delle indagini che potevano precederne l’emanazione; ragionare con le medesime categorie concettuali rischia oggi di sottostimare la circostanza per cui l’attività investigativa può durare per molto tempo e comportare, per il soggetto passivo, anche la restrizione dei più alti diritti fondamentali tutelati dall’ordinamento. «La verità è che l’istituto dell’archiviazione soffre delle medesime contraddizioni che caratterizzano l’intero assetto della fase investigativa» (CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., p. 480).

Colgono le vistose contraddizioni dell’alternativa giugulatoria posta dall’istituto – propendere per il riconoscimento di un *bis in idem* al “prezzo” di sovvertire il sistema, da un lato, ovvero negarne una simile efficacia al costo politico-sociale, prima ancora che giuridico, di lasciare il cittadino nudo di fronte all’accanimento investigativo, secondo ritmi e procedure addirittura meno garantiste di quelle escogitate nel sistema precedente, dall’altro – NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 50, 72, 89, 199, 213 s. e 356 e CORDERO, *Chi abusa del processo?*, cit., p. 1423 (secondo cui i compilatori del codice ‘nuovo’, pur scrivendo «indagini», pensavano ancora alla vecchia istruzione).

⁴²⁸ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 16.

⁴²⁹ Con ciò non si vuole negare all’inquisito il diritto a una certa stabilità degli esiti investigativi, raggiunta magari all’esito di inchieste lunghe e capaci di comprimere anche i diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. È però opportuno segnalare, per un verso, come un interesse di questa natura non è correato di tutela costituzionale equiparabile all’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale e, per l’altro, che esso non costituisce l’interesse tutelato dall’archiviazione.

⁴³⁰ GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 9 e ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull’inazione*, cit., p. 960.

⁴³¹ Ancora, GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 9.

⁴³² CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 60.

strutturale, terzo e imparziale – un giudice, dunque – dotato di appositi strumenti per ovviare all’(eventuale) illegittima scelta rinunciataria dell’inquirente⁴³³.

In effetti qui si coglie un punto di intersezione tra due grandi istanze riformistiche perseguite nel 1988: per un verso, come ormai ampiamente trattato, l’abolizione del giudice istruttore e, per altro, lo spostamento – “a valle” di esaustive investigazioni preliminari – della scelta in merito all’archiviazione⁴³⁴. Come si è avuto modo di esaminare nel capitolo I, l’accentuata (per lo meno nelle intenzioni) vocazione accusatoria impressa al nuovo codice si è colta massimamente nella volontà di «esorcizzare la figura del giudice istruttore»⁴³⁵ che, nella precedente procedura archiviativa, poteva legittimamente surrogarsi al pubblico ministero contrastandone fattivamente l’inerzia ingiustificata⁴³⁶, anzitutto mediante la raccolta, in prima persona, degli elementi investigativi reputati utili sulla cui base esercitare l’azione o procedere – qualora essi fossero già acquisiti – alla formulazione stessa dell’imputazione⁴³⁷.

Di queste prerogative, per contro, non v’è traccia nel codice attuale e il vuoto è colmato da un sistema di controllo ben più complesso ma, forse, meno efficiente⁴³⁸. Tuttavia, dalla rinnovata cornice sistematica in cui l’istituto è calato si colgono ulteriori spunti di

⁴³³ La Corte costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, p. 207 s., in uno degli arresti fondamentali nel concorrere a disegnare con mano ferma il perimetro dell’archiviazione, ha ribadito la necessità di un controllo giurisdizionale sull’attività omissiva del p.m., che sia idoneo a «fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest’ultimo» così condividendo l’opzione di una parte, autorevole, della dottrina qui citata a cui si è contrapposta un’altra tesi, altrettanto valevole ma ormai minoritaria più dubbiosa al riguardo: cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 427 e CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., p. 518-519.

Sulla valenza politica, prima ancora che giuridica, dell’intervento del giudice in materia è testimone la circostanza che, con uno dei primi provvedimenti successivi alla caduta del regime fascista, il d.lgs.lgt. 16 febbraio 1944, n. 288, venne ripristinato un istituto – già presente nel codice del 1913 – del tutto analogo a quello qui in esame. Stupiscono, piuttosto, certi rilievi critici della dottrina maggioritaria, critica nei confronti dell’«involuzione» del sistema (FOSCHINI, *L’archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 124) a seguito dello «sconcio, il pubblico ministero sotto la tutela del giudice» (CARNELUTTI, *Valore giuridico dell’archiviazione del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 308).

⁴³⁴ GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1276. Come è noto, il codice abrogato prevedeva una valutazione *ex ante* circa l’infondatezza della *notitia criminis* in modo che il giudice istruttore, pervenutagli la richiesta archiviativa del p.m., era obbligato a valutare, sulla sola base degli sparuti elementi risultati acquisiti dagli atti preliminari all’istruzione, se esistesse o meno un minimo *fumus* di non infondatezza della notizia stessa tale da far ritenere «non superflua» l’istruzione. Per converso, il codice vigente richiede una valutazione *ex post* da parte dell’inquirente, cioè da condursi all’esito di investigazioni anche complesse e durature e sulla scorta dell’intero compendio raccolto nel corso delle indagini. Di talché, la richiesta di archiviazione può non più presupporre, necessariamente, una situazione dalla quale emerga *ictu oculi* la palese insussistenza di elementi tali da far sorgere in capo all’inquirente l’obbligo di esercitare l’azione penale. Lasciando operare l’archiviazione “dopo” l’intera fase investigativa, il legislatore persegue lo scopo di un obiettivo ampliamento dell’ambito di operatività dell’istituto, in un’ottica di efficienza e snellezza procedimentale (cfr., GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1284-86 e, in chiave critica, NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 214).

Quanto detto porta a stemperare notevolmente un’accesa disputa dottrinale, sorta sotto la vigenza del codice abrogato e protrattasi negli anni immediatamente successivi all’entrata in vigore di quello attuale, circa la fisionomia - astratta o concreta - dell’azione penale. Per spunti, si v. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., p. 130 s. e SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari nel processo penale*, Torino, 2005, p. 6-18.

⁴³⁵ GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 14.

⁴³⁶ GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 72 e nt. 51 e p. 80 e nt. 65 sembra considerare il sistema abrogato più efficace e meno artificioso rispetto a quello coniato nel 1988.

⁴³⁷ Cfr., in chiave critica, PERCHINUNNO, *Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all’azione penale*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno presso l’Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, p. 67 s. e in particolare p. 68, 75-76 e 82.

⁴³⁸ Spunti in GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale sull’esercizio dell’azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2669 s.

approfondimento. Il caso esemplificativo del mutamento impresso è rappresentato dall'archiviazione per c.d. «inidoneità probatoria»⁴³⁹ di cui all'art. 408 c.p.p.

Della disposizione citata, rappresentante la «fattispecie cardine»⁴⁴⁰ del micro sistema in esame, colpisce anzitutto l'abbandono del tradizionale aggettivo qualificante l'opzione inattiva. La recente storia del principio di obbligatorietà dell'azione penale è, lo si vedrà, nel senso del suo mantenimento, pur nella modificazione dei presupposti che «in negativo, definiscono quell'obbligo»⁴⁴¹.

2. La regola di giudizio: dall'in dubio pro actione ai più recenti approdi.

L'intensa opera di rivisitazione della fase delle indagini preliminari ha avuto ripercussioni anche sulla collocazione sistematica dell'archiviazione, inducendo la dottrina a interrogarsi sulle rinnovate funzioni a essa assegnate⁴⁴². L'avere fatto slittare, all'esito dell'inchiesta, l'alternativa tra azione e inazione – delineandosi, dunque, la determinazione del pubblico ministero in chiave non soltanto concreta, bensì inerente a un'ipotesi accusatoria già floridamente istruita⁴⁴³ – ha determinato un mutamento di criteri e di «parametri rispetto ai quali la necessità del processo doveva essere apprezzata»⁴⁴⁴.

Il perno attorno al quale è stato possibile ridefinire l'operatività concreta dell'archiviazione è l'art. 408 c.p.p., disposizione costruita sul concetto di «infondatezza»⁴⁴⁵.

All'interrogativo in merito a quali condizioni dovesse essere consentito il passaggio alla fase processuale, la legge delega (direttiva n. 50) rispondeva mantenendo inalterato il presupposto consueto dell'archiviazione, già conosciuto sotto la vigenza del codice fascista, della «manifesta infondatezza» dalla *notitia criminis*, collegando l'esercizio dell'azione «al superamento di una soglia probatoria molto “accessibile” per il pubblico ministero»⁴⁴⁶. Viceversa, la caduta, nella versione definitiva del decreto legislativo⁴⁴⁷, di ogni aggettivazione ha indotto gli interpreti a interrogarsi, per un verso, circa il possibile *vulnus* costituzionale per eccesso di delega da parte del legislatore delegato⁴⁴⁸ e, per un altro, a

⁴³⁹ Definizione tratta da GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1274.

⁴⁴⁰ GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 555.

⁴⁴¹ GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. XV.

⁴⁴² GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 8.

⁴⁴³ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 335 e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 9.

⁴⁴⁴ GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 12.

⁴⁴⁵ Sostantivo qualificante idoneo a ricomprendere, secondo la migliore interpretazione, tutte le ipotesi riconducibili a formule proscioglitive, fatta eccezione – grazie a Corte cost., 11 aprile 1997, n. 94 – per l'accertato difetto di imputabilità. Cfr., NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 389 e CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 429 secondo cui «l'archiviazione assorbe i casi illo tempore risolti dal proscioglimento istruttorio, anche motivato dal dubbio».

⁴⁴⁶ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 308.

⁴⁴⁷ «Non mero accidente terminologico [bensì] scelta molto consapevole», GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1283.

⁴⁴⁸ Cfr. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 367, con riflessioni anche sulle implicazioni politico-istituzionali del rinnovato potere “selettivo” attribuito al p.m. Tuttavia, come noto, la censura è stata rigettata da Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit.

In generale, sul tema discrezionalità *versus* obbligo si v. GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 36-40 e CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 109, secondo cui «ciascuno, invero, è in grado di accorgersi che il confine tra la “superfluità” del processo e l’“inopportunità” del medesimo è quanto mai labile», ammonendo tuttavia che non si potrà mai essere del tutto sicuri che un giudizio di superfluità resti immune da condizionamenti di tipo soggettivistico.

sforzarsi di valorizzare la scelta compiuta, evidentemente frutto di una maggiore consapevolezza circa struttura, funzionamento e potenzialità della nuova architettura codicistica⁴⁴⁹.

L'adozione di una regola di giudizio così poco selettiva, come quella ideata inizialmente in fase di delega, avrebbe in effetti comportato il pericolo di assegnare alle investigazioni preliminari una «funzione “minimale” incompatibile con il nuovo assetto» e, per quello che più vale ai nostri fini, un «eccessivo sovraccarico della fase del dibattimento»⁴⁵⁰. È dunque proprio in funzione della nuova, più ricca, tavola valoriale a cui il codice si informa che la scelta di elidere l'aggettivazione storica appare «non tanto opportuna, quanto inevitabile»⁴⁵¹ perché, in effetti, «le parole contano meno del sistema»⁴⁵².

Investigata alla luce di queste considerazioni, l'archiviazione appare allora strumento atto a consentire non soltanto il rispetto del dovere costituzionale di esercizio dell'azione, ma anche l'implementazione dell'efficienza del sistema; un istituto che contribuisce – certo non da solo – a deflazionare il dibattimento, altrimenti destinato a rimanere “soffocato” sotto il peso di giudizi inutili: solo imboccando questa strada si sarebbe garantita la tenuta di un sistema della cui dispendiosità, in termini di energie, tempi e dotazioni organiche, ci si sarebbe presto avveduti⁴⁵³.

Complice anche la contemporanea e repentina ascesa del «mito della completezza delle indagini»⁴⁵⁴ – coniato dalla Corte costituzionale quale asserito e imprescindibile corollario

⁴⁴⁹ Composta da termini di durata massima delle investigazioni, all'esito delle quali può addirittura svilupparsi un contraddittorio in udienza camerale tra le parti, magari accompagnate da «ulteriori indagini» (art. 409 c.p.p.)

⁴⁵⁰ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 308-309.

⁴⁵¹ GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1284. *Contra*, invece, GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 24 e nt. 13 secondo cui la scelta del legislatore delegato è «discutibile» in quanto, oltre a porsi ai limiti della tenuta costituzionale per violazione della direttiva n. 50 della legge delega, si discosta da una tradizionale «condizione strettamente collegata all'essenza stessa dell'istituto» (CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 337 e, conf., PISAPIA, *Presupposti e limiti del decreto di non doversi procedere*, in *Scritti Jovene*, Napoli, 1954, p. 283). L'A. citato contesta, inoltre, l'argomentazione in punto di differente collocazione procedimentale della richiesta di archiviazione, rispetto al codice previgente, evidenziando come tale argomento non sarebbe da solo sufficiente a sorreggere il peso della svolta in quanto «sembra in generale improprio ravvisare un nesso vincolante tra fase procedimentale e tipo di regola di giudizio. Il grado di accertamento imposto dalla regola di giudizio dipende dalla funzione che deve assolvere la decisione alla quale si riferisce e non già dalla maggiore o minore complessità del materiale probatorio su cui si deve fondare».

Questa interpretazione, volta evidentemente a svalutare il *novum* rappresentato dalla differente collocazione sistematica all'interno della quale l'istituto viene adesso a collocarsi (rappresentante, secondo CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 311, «un'autentica rivoluzione copernicana»), sembra però non porsi adeguatamente il problema della “tenuta” in merito al problema fondamentale posto dal codice del 1988 e riassumibile in questa domanda: come si deve determinare il p.m. di fronte a materiale investigativo contraddittorio e/o insufficiente? L'A., infatti, muove da un'opzione concettuale dell'archiviazione ispirata, esclusivamente al canone dell'*in dubio pro actione* (p. 33) a fronte del quale, tuttavia, gli inconvenienti pratici e gli scricchiolii sistematici ci paiono seri.

⁴⁵² CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 430; conf., MARZADURI, voce *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, agg., Roma, 1996, p. 8 e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 21.

⁴⁵³ Colgono e valorizzano il collegamento tra archiviazione ed efficienza del processo molti degli autori che, all'indomani dell'approvazione del codice, si interrogarono sul punto. Si v. NEPI MODONA, *sub artt. 405-415*, in *Prolegomeni a un Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, p. 329; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1282 parla espressamente di «ratio di snellezza e di economia processuale» e PRESUTTI, *Presunzione di innocenza e regole di giudizio in sede di archiviazione e udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1361. Così anche CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 340 s.

⁴⁵⁴ RICCIO, *Il controllo sull'esercizio dell'azione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 94.

del nuovo sistema delle investigazioni di parte⁴⁵⁵ – è oggi del tutto pacifica l’interpretazione in merito alla concretezza del vaglio demandato al pubblico ministero, prima e al giudice per le indagini preliminari dopo, in punto di non fondatezza della notizia di reato, risolvendosi altrimenti il criterio in un filtro selettivo a maglie troppo larghe, volto a mandare all’archivio soltanto quelle – ragionevolmente poche – notizie che, all’esito di investigazioni durature e cospicue, si presentassero *ictu oculi* del tutto sfinite di ogni esigenza di approfondimento dibattimentale⁴⁵⁶.

Ecco dunque che si dischiude la prospettiva, di fondamentale importanza, della superfluità del giudizio. Affermare, infatti, che l’archiviazione concorre (anche) a disegnare un sistema efficiente, teso a impedire l’accesso al dibattimento a quelle *notitae* che si sono rivelate infondate e che si presterebbero soltanto a ingolfare inutilmente il sistema, equivale a introdurre nell’argomentazione il concetto di superfluità o inutilità del dibattimento medesimo.

Con il che, però, si è soltanto spostato il fuoco dell’attenzione. Sostenere che il pubblico ministero sia tenuto ad archiviare in tutti i casi in cui la notizia è infondata e specificare che infondatezza equivale a superfluità del giudizio non fa che rinviare il momento in cui l’interprete sarà chiamato a pronunciarsi sul reale significato del filtro: occorre, infatti, ancora stabilire “*quando*” la celebrazione del giudizio possa qualificarsi in termini di superfluità.

Dovendo, per esigenze di pertinenza, riassumere una delle *querelles* che più hanno acceso gli interpreti, possiamo qui limitarci a segnare alcuni punti fermi che hanno interessato l’istituto dell’archiviazione nel lungo cammino dal 1988 sino a oggi.

Tra la tesi della superfluità del giudizio laddove non si possa prevedere, ragionevolmente, che esso si chiuderà con l’affermazione di piena responsabilità dell’imputato⁴⁵⁷ e quella, opposta, secondo cui la funzione giurisdizionale è tale per cui non dovrebbe esserle sottratta alcuna situazione dubbia di possibile rilevanza penalistica, in disparte ogni considerazione

⁴⁵⁵ Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. e Corte cost., 10 giugno 1994, n. 239 in *Giur. cost.*, 1994, p. 1968 s.

⁴⁵⁶ Con varie sfumature, GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1286; PRESUTTI, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 1361; ZAGREBELSKY, *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 916; BERNARDI, *Commento all’art. 125 disp. att. c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di attuazione*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1992, p. 482; CHIAVARIO, *L’obbligatorietà dell’azione penale*, cit., p. 2665; KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, cit., p. 350; CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 66 s.; GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 21 s.

⁴⁵⁷ In virtù del quale il p.m. si dovrebbe orientare per l’archiviazione non soltanto nelle ipotesi di innocenza evidente o di carenza assoluta di prove a carico dell’imputato, ma anche nelle situazioni connotate da insufficienza o contraddittorietà del materiale investigativo raccolto, sulla base dunque di una pregnante prognosi all’esito della quale la condanna dell’imputato appaia remota. Cfr., BERNARDI, *Commento all’art. 125 disp. att. c.p.p.*, cit., p. 482; DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari*, cit., p. 62; GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 30; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1292, 1312 e 1322 il quale, correttamente, sottolinea anche che, per questa via, si sarebbe potuto contenere l’«antico costume consistente nel richiedere il rinvio a giudizio pur di fronte alla risaputa debolezza degli elementi raccolti a carico dell’imputato» (p. 1316), per via della considerazione secondo cui «nel momento in cui il pubblico ministero si determina ad esercitare l’azione penale, egli non può far conto sulla più o meno labile speranza di acquisire – nel prosieguo degli sviluppi processuali – gli elementi necessari a dare positiva consistenza dibattimentale alla “pretesa punitiva” così manifestata» (p. 1293). Più di recente, ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull’inazione*, cit., p. 963-964.

circa l'esito assolutorio o meno⁴⁵⁸, la Corte costituzionale, con sentenza n. 88 del 1991, ha operato un «efficace tentativo di mediazione»⁴⁵⁹.

Nell'interpretare l'art. 125 disp. att.⁴⁶⁰ – la cui *ratio* ispiratrice è da ravvisarsi nell'esigenza di fornire concretezza a un dettato codicistico eccessivamente vago e forse tautologico⁴⁶¹, apparso ai più così generico da aprire «spazi di discrezionalità incompatibili con il successivo controllo giurisdizionale»⁴⁶² – la Corte indica un criterio di buon senso, ma pur sempre orientato al *favor actionis*⁴⁶³.

Non condiviso, innanzitutto, l'intento di una parte rilevante della dottrina di attribuire all'istituto *de quo* una funzione anche deflattiva del carico dibattimentale⁴⁶⁴, frutto di un'ottica marcatamente efficientistica, la Corte interpreta l'«idoneità a sostenere l'accusa» di cui all'art. 125 disp. att. come «traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che, quindi, la notizia di reato è, sul piano processuale, infondata»⁴⁶⁵.

Alla luce dell'art. 112 Cost.⁴⁶⁶, il quale «esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità», si può declinare un principio di *favor actionis* in forza del quale, nei casi dubbi, l'azione dev'essere esercitata e non omessa. Di conseguenza, il paradigma della non superfluità del giudizio è tale da dover essere letto non già in una semplicistica prospettiva di risultato, bensì in quella ben più complessa «della superfluità o meno dell'accertamento

⁴⁵⁸ Secondo questa impostazione, il dibattimento conclusosi con l'assoluzione dell'imputato non potrebbe comunque definirsi inutile. Cfr., PRESUTTI, *Presunzione di innocenza*, cit., p. 1367-1368; STABILE, *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione. Riflessi della riforma in tema di obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 980 s. e LEO, *Riflessioni sul tema dell'archiviazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 109. Si invocano, a giustificazione di questa lettura, tanto l'art. 112 Cost. quanto, soprattutto, l'esigenza che la norma sia intesa a garanzia dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale e, per tale via, anche un preteso diritto dell'imputato a vedere affermata la propria innocenza all'esito di un giudizio pubblico, trasparente, connotato dalla piena parità delle parti davanti al giudice terzo.

Per l'importanza del dibattimento in tale ottica, si v. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 47 s.

⁴⁵⁹ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 354.

⁴⁶⁰ Sulla differente formulazione dell'art. 115 disp. att. del progetto preliminare si v. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione*, cit., p. 253; ID., *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 27 s. e CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 355, nt. n. 52.

⁴⁶¹ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 24; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1291 e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 24.

⁴⁶² Osservazioni governative al progetto definitivo (art. 115) dell'art. 125 disp. att., in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, VI, t. I, Padova, 1990, p. 334.

⁴⁶³ GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 33.

⁴⁶⁴ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, cit., p. 596, par. 8 e GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione*, cit., p. 253. In chiave di riequilibrio sistematico, attenta a scongiurare forme permissive di esercizio “apparente” dell'azione, la Corte si è però dimostrata attenta a declinare il c.d. principio di tendenziale completezza delle indagini quale argine, tra l'altro, a prassi volte ad aggravare immotivatamente il dibattimento; cfr. GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 32.

⁴⁶⁵ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit., p. 595, par. 7. Con ciò, ci pare che la Corte sposi la tesi di autorevole dottrina (GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit.), secondo cui ciò che col nuovo codice si richiede al p.m. è «più che valutazione di merito sull'ipotesi storica, una prognosi processuale sulla sua difendibilità in giudizio» (p. 26) senza che, tuttavia, la prognosi sia «rimessa all'intuito del requirente» (p. 29).

⁴⁶⁶ È convincimento unanime che la sentenza n. 88/91 rappresenti una «riaffermazione vigorosa» del principio di obbligatorietà dell'azione penale «come convergenza di un fascio di valori costituzionali irrinunciabili; e, nel contempo, una rilettura di quel principio alla luce del nuovo concetto di superfluità del processo». Così GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 31.

giudiziale»⁴⁶⁷, condotto, secondo la dottrina maggioritaria, necessariamente con le regole del contraddittorio⁴⁶⁸.

Anche a volere prescindere da quest'ultimo aspetto, per il vero non esplicitato dalla sentenza costituzionale ma desunto dal riferimento al tipo di giudizio e di assetto processuale edificato con la codificazione, v'è però da sottolineare come la prospettiva che il pubblico ministero avrebbe dovuto (all'indomani dell'entrata in vigore del codice nuovo) adottare non lo avrebbe schiacciato su un'inutile, quanto fuorviante replica di quella sottesca, in sede dibattimentale, all'art. 530, co. 2 c.p.p., poiché – sarà pure considerazione banale – la decisione di mandare all'archivio non sottende una valutazione di pieno merito, se non in via del tutto indiretta e mediata: «si archivia quando mancano e si prevede mancheranno gli elementi per sostenere con successo l'accusa»⁴⁶⁹, non solo cioè quando risulti evidente l'innocenza della persona sottoposta all'indagine, ma anche «in quelle ipotesi di insufficienza della prova rispetto alle quali si possa ritenere che il dibattimento non offrirebbe alcun reale contributo conoscitivo»⁴⁷⁰.

Il crinale lungo il quale ha corso il discrimine tra prognosi di condanna e superfluità del processo era, evidentemente, piuttosto incerto⁴⁷¹, ma è soltanto grazie a plurimi interventi legislativi sull'architettura dell'udienza preliminare che la materia ha trovato un assetto se non stabile, almeno definitivo.

Dapprima con la l. 8 aprile 1993, n. 105; successivamente, in maniera più rilevante e compiuta⁴⁷², con la l. Carotti (16 dicembre 1999, n. 479), il legislatore è intervenuto, venendo parzialmente incontro alle obiezioni manifestate dalla dottrina circa la “sfasatura” tra i criteri di giudizio di cui agli artt. 408 e 425 c.p.p.⁴⁷³, al fine di omologare i parametri

⁴⁶⁷ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 355, il quale riporta le parole impiegate dalla Corte e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 33.

⁴⁶⁸ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 357 che, a p. 358-359 fornisce anche degli esempi pratici di situazioni tipo, caratterizzate da insufficienza o contraddittorietà, rispetto alle quali il criterio enunciato può rivelarsi determinante; PENNISI, *L'archiviazione della notizia di reato*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 116; MARZADURI, voce *Azione penale*, cit., p. 10; MACCHIA, *La richiesta di archiviazione. Presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2743. *Contra* ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione*, cit., p. 965 che ritiene «poco convincente» questo approdo in virtù del fatto che «affidare all'alea della cross-examination... la scelta se agire o meno, significa attribuire all'esame incrociato maggiori potenzialità di quelle che possiede».

⁴⁶⁹ Così, GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 32-33, il quale sintetizza così il suo pensiero: «*in dubio pro actione*».

⁴⁷⁰ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 358. All'opposto, dunque, si procede con il rinvio a giudizio «ogniquale volta la situazione di dubbio circa la responsabilità dell'imputato potrebbe venir meno – non importa se in senso favorevole o sfavorevole all'accusa ... – proprio in virtù delle modalità dibattimentali di acquisizione della prova». In prospettiva contraria, invece, TURONE, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*, in *Quad. C.S.M.*, 1989, n. 28, p. 231; GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1316 e NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 388 s.

⁴⁷¹ Cfr. MONTAGNA, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, p. 259 secondo cui rimaneva «irrisolto un problema di fondo: l'esigenza di stabilire il significato da attribuire in concreto al criterio dell'“oggettiva superfluità” del processo».

⁴⁷² Comunque reputati non del tutto equivalenti a quelli in tema di archiviazione da CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 677 s. poiché l'elemento differenziale è da riscontrarsi nel diverso orizzonte entro il quale l'intervento del giudice si viene a realizzare: il g.i.p. è tutt'ora tenuto, e con lui il p.m., a interrogarsi circa i possibili risvolti dibattimentali; in sede di udienza preliminare, viceversa, il p.m. si dovrebbe presentare munito di un compendio probatorio idoneo all'ottenimento di un'immediata pronuncia di condanna.

⁴⁷³ GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1309 s. e in particolare p. 1314 ove l'A. si esprime in termini di «asimmetria sistematica»; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 360 s.; PRESUTTI, *Presunzione*

della pronuncia di non luogo a procedere a quelli previsti dagli artt. 408, 125 disp. att. e 530 s. c.p.p.⁴⁷⁴.

Dall'introduzione, nell'art. 425, co. 3 c.p.p., delle dizioni della insufficienza, contraddittorietà o comunque inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio, il legislatore sembra avere accolto coscientemente l'opzione dell'azione penale quale domanda (di parte) di condanna, abbandonando contemporaneamente l'equivoca e originaria impostazione orientata a un mero *favor actionis*⁴⁷⁵.

In realtà, coglie forse maggiormente nel segno quella dottrina che ricollega la "rivoluzione copernicana", avvenuta comunque nel 1999 a opera della l. n. 479, più che alla riscrittura del co. 3 dell'art. 425 c.p.p., alle più estreme modifiche che hanno interessato il giudizio abbreviato e, segnatamente, alla scomparsa del consenso del pubblico ministero quale requisito necessario per l'attivazione del rito⁴⁷⁶.

L'estromissione del pubblico ministero da qualsiasi meccanismo introduttivo del giudizio speciale – con scelta giudicata costituzionalmente legittima⁴⁷⁷ – ha comportato ripercussioni, forse da non tutti colte immediatamente, che toccano il tema che qui ci occupa.

Dapprima protesa a evidenziare la genesi di un nuovo e "rafforzato" principio di completezza delle indagini preliminari⁴⁷⁸, solo in un secondo momento la dottrina ha focalizzato la propria attenzione sui riflessi della novella sulla determinazione della soglia di legittima rinunciabilità dell'azione penale.

L'innalzamento operato in via mediata di questo limite – ben al di là del perimetro tradizionale, collegato a un'ottica di superfluità dell'accertamento giudiziale e, per certi versi, «perfino *oltre* l'asticella dei "gravi indizi di colpevolezza"»⁴⁷⁹ – ha comportato l'imposizione di «maggiore cautela» al pubblico ministero⁴⁸⁰.

L'alternativa tra azione e archivio continua, per un verso, a dialogare con quanto accadrà nel prosieguo, ma il palcoscenico su cui i medesimi attori sono chiamati a recitare le proprie battute rischia di essere radicalmente mutato.

di innocenza, cit., p. 1374 e ILLUMINATI, *Per il non luogo a procedere non è più richiesta l'evidenza*, in *Gazz. giur.*, 1993, n. 2, p. 14 s.

⁴⁷⁴ RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., p. 131; CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 7ª ed., Padova, 2014, p. 677 s. e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 34. Per un commento generale sulle modifiche apportate, nel 1999, all'udienza preliminare si rinvia a GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, p. 93 s. e DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 39 s.

⁴⁷⁵ RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., p. 130-131 e p. 133.

⁴⁷⁶ Ora rimesso a un diritto potestativo dell'imputato. Cfr. RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., p. 136. In generale, si v. NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, p. 483 s.

⁴⁷⁷ Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, p. 917 s., con nota di GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, p. 936 s.; in *Legisl. pen.*, 2001, p. 1165 s., con nota di COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte Costituzionale*, ivi, 2002, p. 485 s. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1073 s. con nota di LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*.

⁴⁷⁸ COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato*, cit., p. 488; NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato*, cit., p. 460; SIRACUSANO, *La completezza delle indagini*, cit., p. 46 s. e RUGGIERI, voce *Azione penale*, cit., p. 136.

⁴⁷⁹ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 23. Come si avrà modo di vedere *infra*, questa connessione è stata oggetto di approfondimento legislativo nel 2006.

⁴⁸⁰ GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 37.

Il fattore di maggiore impatto è senz'ombra di dubbio da ravvisarsi nel riformulato assetto del rito abbreviato: il pubblico ministero che, con atteggiamento *retrò*, continuasse oggi a esercitare l'azione penale, nei "casi dubbi", riponendo esclusivo affidamento sulla possibilità euristica del contraddittorio dibattimentale, in funzione corroborativa degli elementi incerti pure presenti nel fascicolo, dev'essere consapevole che all'imputato sarà sufficiente un'immotivata manifestazione di volontà per congelare, (forse) irreversibilmente, l'ambiguo compendio cognitivo sul quale l'accertamento di merito – sulla di lui innocenza o condanna – sarà compiuto in udienza preliminare⁴⁸¹. Insistendo nell'azione, in queste condizioni di carente implementazione istruttoria, l'inquirente coltiverebbe dunque un'opzione del tutto sterile e foriera di conseguenze – dal punto di vista della pubblica accusa – disastrose, in quanto abortive e preclusive⁴⁸².

In altri termini, la consapevolezza che, in esito a indagini protrattesi per mesi se non anni, il quadro investigativo nella disponibilità dell'inquirente non deve (dovrebbe) più prestare il fianco a giudizi in termini di inidoneità a sostenere l'accusa nel giudizio – o, meglio, a sostenere l'accusa "nel giudizio abbreviato"⁴⁸³ – implica anche un mutato atteggiamento dello stesso inquirente dinnanzi all'alternativa che gli si para davanti al momento della chiusura della fase delle indagini preliminari; il tutto a vantaggio, va da sé, dell'archiviazione.

Non v'è chi non veda, in conclusione, come talune interpretazioni, sorte nell'immediatezza dell'entrata in vigore del nuovo codice e improntate a un rigido "*in dubio, pro actionis*", appaiano oggi ampiamente superate dal mutato quadro sistematico. A risultare prevalente è infatti una marcata logica di parte che, in quanto proveniente dal pubblico ministero, si traduca in un atteggiamento ispirato rigidamente al canone della domanda di condanna⁴⁸⁴.

Questa conclusione presuppone, infine, che il fascicolo delle indagini preliminari sia idoneo a fondare, di per sé e autonomamente, una sentenza di condanna, dovendo oggi l'inquirente – per certi aspetti, forse, in modo paradossale – tenere in conto che il giudizio potrebbe anche risolversi sui soli elementi d'indagine raccolti da se stesso⁴⁸⁵.

Il *self restraint* dell'inquirente, rispetto al 1988, appare (dovrebbe apparire) evidente, sospinto ora ad arrestarsi di fronte al rischio di iniziative "azzardate" ovvero non adeguatamente supportate da materiale investigativo cospicuo e realmente concludente.

3. La l. 46 del 2006 e l'introduzione, nell'art. 405 c.p.p., del comma 1-bis: infondatezza della notizia di reato e insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

⁴⁸¹ GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 557 e CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 521.

⁴⁸² GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 36.

⁴⁸³ Come ipotizza CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 645, che correttamente sottolinea come l'art. 125 disp. att. abbia, in realtà, subito uno stravolgimento del proprio significato. V. altresì GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 35.

⁴⁸⁴ Come già colto, pur in un contesto sistematico differente, da GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, cit., p. 1292-3, 1312 e 1322.

⁴⁸⁵ Paradossalmente perché è dello stesso anno la riforma costituzionale che riscrive l'art. 111. Se con una mano il legislatore ha fissato, a livello esplicito, in Costituzione il parametro oggettivo di esplicazione della giurisdizione in materia penale, con l'altra e a livello di legislazione primaria ha gettato le basi perché il giudizio abbreviato – che plasticamente deroga al *modus operandi* di cui all'art. 111, co. 4 Cost. – sia la vera chiave di volta dell'ordinamento, il polo a cui il p.m., nel condurre l'attività d'indagine, deve sempre rapportarsi perché, in fin dei conti, il giudizio giunge non soltanto "dopo", ma anche "eventualmente".

L'ultima evoluzione "verso l'alto", se così si può dire, del concetto di infondatezza – e, sia detto per inciso, di tenore e segno del tutto opposto alle modifiche che hanno interessato più di recente l'istituto dell'archiviazione nell'ambito della non punibilità per particolare tenuità del fatto – risale a un intervento normativo del 2006, avente a oggetto la riforma delle impugnazioni. In quel contesto e con una previsione del tutto eccentrica⁴⁸⁶, il legislatore ha colto l'occasione per introdurre, quasi di sorpresa e all'esito di un *iter* parlamentare tutt'altro che agevole⁴⁸⁷, una norma di difficile interpretazione⁴⁸⁸.

Originata – ufficialmente – da «ottime intenzioni (contenere gli abusi del pubblico ministero nell'esercizio delle sue funzioni investigative e dei suoi poteri di iniziativa penale), è apparso da subito che l'esito del cesello legislativo presentasse «risultati scarsi, per non dire pessimi»⁴⁸⁹.

La disposizione uscita dalla penna del legislatore, infatti, caratterizzata da forti sgrammaticature, è riuscita a conseguire due primati: per un verso, scardinare la logica di mero controllo dell'archiviazione e, per un altro, condizionare il pubblico ministero, nelle scelte relative all'esercizio dell'azione, a un pre-giudizio⁴⁹⁰.

La scarsa riflessione, in sede parlamentare, sul contenuto dispositivo del nuovo comma ha generato una norma «in difficoltà di senso»⁴⁹¹, i cui difetti appaiono vieppiù gravi solo che si pensi con quanta facilità (o faciloneria) il legislatore è intervenuto su un tema estremamente delicato, quale il rapporto tra procedimento principale e accertamenti incidentali condotti in ambito cautelare.

Il meccanismo è stato ideato per funzionare in modo tale che il pubblico ministero, all'esito delle indagini preliminari, formulasse richiesta di archiviazione qualora (elemento positivo) la Corte di cassazione si fosse pronunciata in ordine all'«insussistenza dei gravi

⁴⁸⁶ Così SPANGHER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia tra l'eccezione e il fisiologico*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 9, p. 72; ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.: un inedito quanto stravagante obbligo di inazione*, in *La legge sull'inappellabilità delle sentenze di patteggiamento*, a cura di Filippi, Padova, 2007, p. 63; BONINI, *Art. 3 l. 20.2.2006, n. 46*, in *Legisl. pen.*, 2007, p. 65; GARUTI, *Dall'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento ai nuovi «vincoli» in punto di archiviazione e di condanna dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 811; VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione: brevi riflessioni sul significato dell'art. 405, comma 1-bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1217; da ultimo, GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 90.

In una prospettiva più ampia connessa al «ruolo accusatorio del pubblico ministero», che qui non può condividersi, SCALFATI, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46, "legge Pecorella"*, a cura dello stesso, Milano, 2006, p. 21.

⁴⁸⁷ Cfr., per tutti, VALENTINI, *I lavori parlamentari, in Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondi ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, p. 12 s.

⁴⁸⁸ FRIGO, *Un intervento coerente con il sistema*, in *Guida dir.*, 2006, f. 10, p. 103 riconduce, addirittura, l'introduzione del co. 1-bis a un «diabolico scherzo per alterare e svilire il testo della riforma».

⁴⁸⁹ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 17. Effettivamente, l'intervento legislativo muoveva da un assunto pacifico – tant'è che la disposizione è stata proposta, in sede parlamentare, dall'allora opposizione e condivisa quasi all'unanimità in entrambi i rami del Parlamento – secondo cui, ormai, l'autentica pena non è più neppure il processo, bensì l'indagine e, talvolta, anche la semplice iscrizione della notizia di reato nel registro apposito o la notificazione dell'informazione di garanzia.

Lapidario CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 429, quando segnala «al gius-patologo la stravaganza coniata» nel 2006 che, nell'immediatezza dell'entrata in vigore, si esprimeva così: «un capolavoro negativo... sferrat[o] in articolo mortis dalle vecchie Camere: confidiamo nelle nuove; prima vi mettono mano abrogandola, meglio è», *Storia di un dissesto legislativo*, in *Micromega*, 2006, f. 6, p. 41.

⁴⁹⁰ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 16.

⁴⁹¹ Celebre definizione di GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso": il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Impugnazioni e regole di giudizio*, cit., p. 339 s.

indizi di colpevolezza» e sempre che, successivamente a essa, non fossero stati acquisiti ulteriori elementi a carico dell'indagato (elemento negativo).

A un primo esame dell'*intentio legis* si dovrebbe, dunque, scorgere una sorta di "automatismo" tra una certa pronuncia *de libertate* e la conseguente inazione⁴⁹². A leggere, invece, la norma con più attenzione non si possono non rilevare talune criticità che, approfondendo la disamina, si tramutano in vere e proprie perplessità per culminare in autentico sconcerto.

Il primo aspetto sul quale occorre soffermarsi attiene alla natura della posizione giuridica di dovere in capo al pubblico ministero⁴⁹³, che si riconnette a una delle maggiori difficoltà interpretative che hanno attanagliato il *novum* e, precisamente, al tentativo di cogliere con precisione i contorni del requisito positivo rappresentato dal *dictum* della Suprema corte.

È stato, anzitutto, fatto notare che «a rigore, la Corte si pronuncia "in ordine alla insussistenza degli indizi" anche quando *esclude* tale insussistenza»⁴⁹⁴; ciò è certamente vero. Per questa via, però, si farebbe torto alla *ratio legis* – volta, come noto, a impedire al pubblico ministero di esercitare l'azione penale "caparbiamente", nonostante cioè una pronuncia cautelare di segno negativo della Corte di cassazione – e allora ci pare colga nel segno chi, in disparte ogni tentativo di ricondurre l'effetto preclusivo al formarsi, in via sostanziale, di un giudicato cautelare⁴⁹⁵, ritiene integrato il presupposto in esame nei soli casi in cui la Corte confermi, rigettando il ricorso, un provvedimento di merito che abbia già escluso la sussistenza della gravità indiziaria⁴⁹⁶.

A questa conclusione si perviene valorizzando il tipo di sindacato cui la Corte di cassazione è preposta. Essa non accerta, direttamente, la sussistenza o meno del *fumus commissi delicti* perché tra questo e l'atto oggetto di scrutinio di legittimità si staglia, a mo' di diaframma o di schermo, la motivazione del provvedimento impugnato, sulla quale si riflettono non già i gravi indizi bensì «le ragioni in base alle quali ne è stata negata o asserita la sussistenza»⁴⁹⁷. Se è pur vero che si deve alla stessa legge n. 46 del 2006 la riscrittura, con

⁴⁹² ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 66.

⁴⁹³ Condivisa da CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 18 e ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 65; respinta, in nome di una logica "di riduzione del danno", da GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 356, che opta per la categoria dell'onere.

⁴⁹⁴ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 19 (corsivo dell'A.). Della stessa opinione ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 71.

⁴⁹⁵ Ci pare non condivisibile la tesi di ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, in *Novità su impugnazioni penali*, cit., p. 52, secondo cui «la norma esige sì un giudicato cautelare "qualificato" ... ma non richiede che la pronuncia della Suprema Corte ne segni il perfezionamento, potendo la stessa, anche semplicemente, "concorrere" alla sua formazione». Contrario a questa ipotesi, che nasconde i segni di un'inammissibile analogia di un istituto del tutto eccezionale, GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 351; dubitativo, invece, SPANGHER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia*, cit., p. 76.

⁴⁹⁶ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 19, così individuando un ambito applicativo piuttosto esiguo al *novum*. Della stessa opinione GIARDA, *Processo penale: sussulti di una legislatura al tramonto*, in *Corr. Merito*, 2006, p. 213 e VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1221 s.

Più radicale GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 350-351, secondo cui «non esiste nel nostro ordinamento una pronuncia del Supremo Collegio "in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza"». Tale assunto viene giustificato facendo leva sul perimetro e sulla qualità del sindacato demandato alla Corte, ovvero la validità del discorso giustificativo imbastito dal giudice del merito. Così, da un lato, non si può certo escludere che quest'ultimo possa male motivare un provvedimento pur ineccepibile nel merito, in modo tale da esporre l'ordinanza all'annullamento con rinvio in sede di legittimità; dall'altro, invece, l'annullamento senza rinvio, disposto per la sussistenza di una nullità (art. 292, co. 2, lett. c e c-bis c.p.p.), lascia del tutto impregiudicata la questione attinente la gravità indiziaria.

⁴⁹⁷ GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 351; conf., ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 68-69; VALENTINI, *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma*

conseguente allargamento dei margini di operatività, dell'art. 606, lett. e c.p.p.⁴⁹⁸, è altrettanto innegabile che «a cambiare sono gli strumenti del sindacato di legittimità, non la sua natura»⁴⁹⁹.

Una simile interpretazione riduzionistica del *novum* può condividersi, conferendo così (minimo) margine di operatività alla disposizione, nonostante sorga il sospetto che il legislatore si sia poggiato esclusivamente sull'osservazione di ciò che, nella prassi, è solito accadere. In altri termini, «assenza di motivazione sul carico indiziario può significare (e nella maggior parte dei casi, significa) mancanza effettiva di indizi»⁵⁰⁰; tuttavia rischia di risolversi in un esercizio sterile, ove non dannoso, l'attività legislativa che pretenda di legittimarsi sulla base del solo *id quod plerumque accidit*, senza curarsi dei pericoli di tenuta sistematica né, tantomeno, delle possibili – e nel nostro ambito, tutt'altro che infrequenti – ipotesi alternative capaci di confinare la presunta regola all'area dei *desiderata*⁵⁰¹.

Ancorandosi alla *ratio* giustificatrice della novella, l'interprete si trova dunque sospinto a domandarsi il perché il legislatore, all'evidenza spaventato dalla figura del pubblico ministero che pervicacemente si ostina nel dare impulso al processo nonostante il non sussistere degli elementi indiziari, si sia limitato, nel delineare il primo presupposto del vincolo, a individuare la pronuncia della Corte di cassazione e non anche – come sarebbe stato più opportuno e facile – ogni pronuncia di merito, sulla quale sia successivamente sceso il c.d. giudicato cautelare⁵⁰².

Non v'è, difatti, nessuna ragione plausibile per vincolare il pubblico ministero all'inazione laddove la Suprema Corte abbia rigettato un ricorso avverso il provvedimento di merito che già esclude la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e, viceversa, lasciargli “carta bianca” laddove, nei confronti di quest'ultima ordinanza, l'attore pubblico non abbia proposto ricorso, magari perché motivata talmente bene in ordine alla (non) gravidanza della piattaforma indiziaria da scoraggiarne ogni tentativo di riforma.

I-bis dell'art. 405 c.p.p., in *Cass. pen.*, 2006, p. 4754-4755 la quale tuttavia opera un puntuale sforzo di individuazione di altre pronunce di legittimità idonee a integrare il presupposto qui in esame: l'«annullamento senza rinvio di un provvedimento ricognitivo della gravità indiziaria» (ipotesi sulla quale lo scrivente nutre qualche dubbio) e «l'ipotesi in cui la Cassazione neghi l'illiceità penale del fatto»; NAPPI, *Guida al Codice di Procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007, p. 387. Si v. anche VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1222-3 e ADORNO, *La richiesta “coatta” di archiviazione*, in *Novità su impugnazioni penali*, cit., p. 54 s.

⁴⁹⁸ Sul tema la letteratura è quanto mai vasta. Si segnalano IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 342 s. e AA.VV., *Impugnazioni penale. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis-Hervé Belluta, Torino, 2013.

⁴⁹⁹ GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 349.

Di opinione contraria, IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2210, secondo cui «la motivazione è argomentazione e i gravi indizi ne sono l'oggetto... l'unico modo di accertare i gravi indizi è di argomentare intorno a essi». Ritiene invece che argomenti di tal fatta siano più «idonei a *épater les bourgeois* che a controbattere fondatamente un fronte compatto di critiche» GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 92.

⁵⁰⁰ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 20, corsivo dell'A.

⁵⁰¹ Oltre alle ipotesi *borderline* di cui alla nota 102, vi è anche il problema di individuare l'esatto perimetro dell'inedito vincolo nei casi in cui il giudicato di annullamento implichi la carenza di indizi circa la fattispecie di reato per la quale la misura è stata emessa, non escludendo tuttavia la configurabilità di altra ipotesi di reato in forza di una distinta, sempre possibile, qualificazione giuridica per lo stesso fatto dedotto.

Su questa tematica, si v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito per il pm*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 10, p. 62.

⁵⁰² Con varie sfumature, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 20-21 e VALENTINI, *Interferenze inedite*, cit., p. 4756-8 che paventa, per la parte in cui la norma omette di attribuire rilevanza anche alla pronuncia del tribunale del riesame, «fondatte riserve di legittimità costituzionale» rilevanti ai sensi degli artt. 3 e 24 Cost.

Anzi, considerazioni di questo tenore inducono a scorgere nella norma un fatale difetto genetico: nata per irrigidire le determinazioni dell'inquirente, per una sorta di eterogenesi dei fini la disposizione è tale da garantirgli una larvata, inammissibile discrezionalità.

Basti porre mente alla possibilità per il pubblico ministero di costruirsi artatamente un *commodus discessus* in chiave elusiva dell'obbligo di agire⁵⁰³. Come è stato rilevato in dottrina, infatti, all'inquirente "smanioso" di sottrarsi al dovere costituzionale di esercitare l'azione penale basterebbe produrre, in via del tutto strumentale, a corredo della propria richiesta cautelare elementi palesemente insufficienti o contraddittori, ricorrere per cassazione avverso il provvedimento che correttamente non disponga alcuna misura, attesa la palese insussistenza di gravità indiziaria, per dichiararsi, infine, obbligato dal *dictum* della Suprema Corte a formulare richiesta di archiviazione.

Quanto detto ci è di spunto per mettere a fuoco il cuore del problema che l'art. 405, co. 1-bis c.p.p. ha sollevato. Esso attiene alle dinamiche inerenti al condizionamento della scelta archiviativa e ha indotto la dottrina (quasi) unanime a manifestare forti perplessità nei confronti dell'intervento novellistico in ragione del connubio, giudicato per lo meno improprio, tra i «sentieri probatori dell'incidente cautelare con la strada maestra della cognizione»⁵⁰⁴.

La principale, nonché radicale, obiezione concerne infatti la considerazione – reputata tratatizia⁵⁰⁵ – secondo cui «gravità indiziaria "cautelare" e idoneità degli elementi per sostenere l'accusa in giudizio rimandano a fattispecie ed a regole di giudizio differenti»⁵⁰⁶, risolvendosi in valutazioni del tutto eterogenee⁵⁰⁷.

Secondo la tesi tradizionale – che qui ci limitiamo a esporre – i gravi indizi cautelari afferiscono a un giudizio di tipo "statico", di conclusione e robustezza del quadro indiziario in ordine a una qualificata prognosi di colpevolezza. Si tratta, più che di un mero aspetto quantitativo, della qualità degli indizi raccolti e offerti al giudicante per compendiare la robustezza della piattaforma accusatoria, reputati idonei a dimostrare – allo stato degli atti, dunque fisiologicamente esposti al flusso delle novità che l'indagine può disvelare – l'altamente probabile responsabilità dell'indagato. L'azione penale, invece, è esercitata ove gli atti a disposizione dell'inquirente permettano una valutazione di natura "dinamica", di sostenibilità dell'accusa in giudizio – pur con i temperamenti di cui *supra* – che rimanda a un possibile, futuro sviluppo probatorio degli elementi raccolti in fase investigativa tale da far apparire utile l'approfondimento dibattimentale.

⁵⁰³ GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 352; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito*, cit., p. 66 e CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 24.

⁵⁰⁴ GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 94.

⁵⁰⁵ Si è soliti citare la pronuncia Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Cass. pen.*, 1994, p. 283 s. In dottrina, si v. addirittura SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, Torino, 1953 e VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004.

A noi pare, piuttosto, che questa eccezionale scarsità di citazioni in materia – ripetute piuttosto stancamente in quasi tutte le opere che si sono interessate all'argomento – costituisca il sintomo più evidente di una (sorprendentemente) scarsa attenzione rivolta al tema dei condizionamenti tra i due procedimenti, quello principale e quello incidentale. La spiegazione la offre IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2193-4, a cui si rimanda. Si v. anche il nostro Cap. II, sez. I.

⁵⁰⁶ GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 341.

⁵⁰⁷ Così, AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 48.

In altri termini, il giudizio di colpevolezza allo stato degli atti, compendiato nell'art. 273 c.p.p., «si focalizza esclusivamente sul presente, sugli elementi in possesso dell'accusa»⁵⁰⁸ e, benché non faccia difetto la consapevolezza che il giudice della cautela debba comunque, in ogni caso, proiettarsi nel futuro volgendo lo sguardo alla sentenza di merito, tuttavia il suo *munus* è ricostruito in modo tale da non imporgli il vaglio circa le «potenzialità evolutive del quadro indiziario»⁵⁰⁹.

Cioè a dire che la verifica *de futuro* che il giudice della cautela è chiamato a compiere attiene soltanto alla virtuale traslazione, nel contesto del giudizio, del materiale indiziario disponibile *hic et nunc*, per saggiare se sussistano o meno le condizioni per una pronuncia di condanna.

Quest'ottica implica, va da sé, l'esistenza di un possibile scarto tra le due prognosi. Se, da un lato, esse potranno nella maggior parte dei casi coincidere – in modo che ove sussistono indizi gravi a carico dell'indagato è possibile prevederne fondatamente la condanna e l'azione penale, dunque, è sostenibile con successo – dall'altro, invero, sono facilmente ipotizzabili evenienze in cui gli indizi non raggiungano il livello di gravità rilevante ai fini cautelari ma cionondimeno presentino una forza “propulsiva” atta a sostenere la prognosi circa la loro sicura fertilità dibattimentale⁵¹⁰.

Ad accrescere, inoltre, le perplessità nei riguardi del meccanismo condizionante – che, per la prima volta, ha inoculato nel sistema la completa permeabilità tra i due mondi – vi è il tema inerente alla selezione del materiale probatorio fornito dall'attore al giudice della cautela. Se si pone mente al potere di cui all'art. 291 c.p.p., in virtù del quale il pubblico ministero può produrre, a corredo della domanda, soltanto alcune delle risultanze investigative a carico dell'indagato, ci si avvede di come il meccanismo potesse mal funzionare⁵¹¹.

Una pronuncia della Corte di cassazione, confermativa di un provvedimento di diniego della richiesta cautela, dimostrerebbe all'evidenza soltanto che «l'accusa non ha assolto l'onere probatorio»⁵¹². Eppure, salvo che si materializzi il secondo presupposto, l'inquirente sarebbe stato obbligato a chiedere l'archiviazione nonostante, per ipotesi, avesse già raccolto altri elementi a carico dell'indagato dei quali tuttavia, per i motivi più disparati, ha preferito non investire il giudice della cautela. Quest'ultimo, allora, può trovarsi fisiologicamente nella condizione di avere fondato la propria decisione reiettiva su un quadro probatorio diverso, per difetto, da quello successivamente sottoposto al giudice dell'archiviazione.

Il che, da un lato, può aprire margini di opinabilità – *sub specie* di alibi per l'omissione dell'azione – ma, dall'altro, induce inevitabilmente a rilevare come, per questa via, si corresse il rischio di sconfinare nell'ambito della preclusione, territorio per lo più ignoto al processualpenalista.

Il che può, verosimilmente, concorrere a spiegare l'introduzione del requisito la cui integrazione avrebbe comportato lo “scioglimento” del pubblico ministero dal vincolo di nuovo conio.

⁵⁰⁸ FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, in *Dir e giust.*, 2005, fasc. n. 36, p. 106.

⁵⁰⁹ GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 341, nt. 2.

⁵¹⁰ Condividono questa tesi ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit., p. 49; ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 78 s. e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 95-96.

⁵¹¹ VALENTINI, *Interferenze inedite*, cit., p. 4760-1.

⁵¹² GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 347.

La dizione normativa è sembrata chiara nel senso di «consentire il superamento dell'obbligo di inazione solo quando siano stati “acquisiti” ulteriori elementi a carico, in un momento successivo a quello che ha segnato la piattaforma decisoria dei giudici della Cassazione»⁵¹³. A *contrario*, allora, al fine di ribaltare l'obbligo e approcciarsi alla formulazione dell'imputazione, l'investigatore non potrebbe fare leva su differenti elementi *contra reum* già acclusi al fascicolo d'indagine eppure non inseriti nel *dossier* trasmesso al giudice della cautela.

Questa prospettiva, in effetti, discende dalla natura stessa della preclusione: essa opera necessariamente *rebus sic stantibus*, in ciò segnandosi il solco più profondo dal giudicato. La prima, infatti, concerne – per quel che qui rileva – «solo le questioni dedotte su cui c'è stata un'argomentazione e una decisione della Cassazione; non anche le questioni deducibili»⁵¹⁴. Di certo, non godono dell'idoneità a ribaltare la forza della preclusione le questioni sulle quali il giudice della cautela non è stato neppure posto in condizione di esercitare il proprio vaglio. Specularmente, l'esistenza di *nova* manifesta una simile attitudine e il legislatore del 2006 se ne è mostrato consapevole.

Tuttavia, l'adesione alla tesi – attualmente minoritaria per quanto sistematicamente, ci pare, maggiormente coerente – secondo cui «la soglia di legittima rinunciabilità dell'azione penale [è] già stata innalzata (perfino *oltre* l'asticella dei “gravi indizi di colpevolezza”) dalla legge n. 479/1999»⁵¹⁵, importerebbe, in un certo qual senso, la dequotazione del problema posto dalla formula legislativa: gli «ulteriori elementi a carico della persona sottoposta all'indagine», sopravvenuti, dovrebbero senza dubbio integrare lo *standard* della “non infondatezza della notizia di reato”, non già dei gravi indizi di reato. E tuttavia la questione torna a essere dibattuta, e probabilmente insolubile atteso il grado di imprecisione della disposizione, laddove, in adesione alla tesi maggioritaria e alla giurisprudenza – tanto di legittimità quanto costituzionale – si ritenesse, viceversa, che la prima soglia sia tutt'ora più bassa della seconda⁵¹⁶.

A ogni modo, quale che sia la portata sistematica della locuzione legislativa impiegata al fine di condizionare risolutivamente l'obbligo inattivo per il pubblico ministero, preme evidenziarne i tratti somatici.

Il termine «elementi» rimanda a un'espressione ellittica che tiene luogo dell'altra, tecnicamente più pregnante, di “elementi di prova”, con la quale si designano di regola

⁵¹³ BONINI, *Art. 3 l. 20.2.2006*, n. 46, cit., p. 76.

⁵¹⁴ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2206.

⁵¹⁵ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 21; conf. VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1236.

⁵¹⁶ Se CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 21 è dell'idea secondo cui le modifiche subite dal giudizio abbreviato abbiano avuto portata tale da snaturare anche e soprattutto la scelta dell'inquirente in punto di legittima rinuncia all'esercizio dell'azione, viceversa GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 343 mostra di non considerare a tal punto decisive le modifiche intervenute all'art. 438 c.p.p. Riconosce, ma non sarebbe stato possibile opinare altrimenti, che il sistema abbia subito una torsione in virtù della «palingenesi del giudizio abbreviato», ma tuttavia non reputa sia stato «varcato il confine oltre il quale le indagini preliminari tornerebbero ad assumere una funzione istruttoria di accertamento della verità» in quanto funzionali, ancora e soltanto, a «raccolgere gli elementi necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale». Secondo l'A., infatti, un conto è sostenere che il pubblico ministero «avveduto... farebbe bene» a completare il quadro probatorio in vista della possibile opzione, unilaterale e insindacabile da parte dell'imputato, per il giudizio abbreviato; ma un altro conto è reputare, che «se non acquisisce elementi sufficienti “per condannare allo stato degli atti”, non debba [neppure, *n.d.r.*] esercitare l'azione penale». *Contra*, invece, SCOMPANIN, *Incostituzionale l'archiviazione “coatta”: quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1156, secondo cui la tesi minoritaria è «particolarmente suggestiva... e come una perfetta fotografia del dato di realtà».

materiali conoscitivi suscettibili di essere utilizzati per una decisione giurisdizionale, ma non qualificabili come “prova” in base alla nomenclatura del nostro ordinamento processuale⁵¹⁷. Conseguentemente, e ai nostri fini, la locuzione non può essere limitata ad argomenti logico-giuridici o a considerazioni in fatto⁵¹⁸; tuttavia il *minimum* operativo è rappresentato dalla circostanza che essi siano stati «acquisiti» e che, inoltre, possano riverberarsi «a carico» dell’indagato. Tali qualità sembrano postulare, allora, la loro cristallizzazione in atti, documenti o documentazione processualmente rilevante e, necessariamente, utilizzabile.

Una traccia è, forse, possibile ravvisarla nel confronto con disposizioni più o meno contigue: a differenza dell’art. 414 c.p.p. e più similmente all’art. 434 c.p.p. – pur se in senso “debole”, ossia come elementi venuti in possesso del pubblico ministero – le risultanze *de qua* non possono risolversi in mere ipotesi o piste investigative, abbisognevole di conferme e di ulteriori spunti in sede di indagini ulteriori (suppletive o integrative). Conferma, a livello sistematico, la bontà di un simile assunto rigoroso la necessità di evitare che il soggetto tenuto all’assolvimento dell’obbligo possa esimersi dallo stesso con eccessiva disinvoltura, semplicemente allegando la necessità di non meglio precisate sopravvenute esigenze investigative.

Simili considerazioni portano a evidenziare un ulteriore aspetto di stridente problematicità dell’inciso, rappresentato – oltreché dai suoi riflessi sistematici sulla soglia di legittima rinunciabilità all’azione – dall’aver elevato il pubblico ministero, soggetto la cui condotta il legislatore si prefiggeva di imbrigliare in argini meno flessibili e manipolabili, ad arbitro di valutazioni latentemente incontrollabili circa, non soltanto, la qualificazione del materiale probatorio sopravvenuto alla pronuncia della Corte di cassazione ma, addirittura, di quella stessa decisione⁵¹⁹.

Quanto esposto sinora, tuttavia, non esaurisce l’elencazione dei problemi esegetici originati dall’avventata novella. Un profilo assai controverso è dato dall’individuazione del momento procedimentale in cui opera lo sbarramento che non consente più di rimettere in discussione il carico indiziario, pur a fronte di prelievi acquisizioni probatorie.

Una prima tesi, più rispettosa del testo della disposizione, ritiene dirimente l’utilizzo dell’avverbio «successivamente» e lo salda, logicamente, alla pronuncia del giudice di legittimità⁵²⁰.

Una seconda, viceversa, reputa necessario valorizzare considerazioni di ordine sistematico al fine di evitare la creazione di pericolose “zone franche”. Come noto, difatti, dinnanzi alla Corte di cassazione non è possibile dedurre nuovi e sopravvenuti «elementi», trattandosi di un giudice di mera legittimità. Ciò implicherebbe, allora, la possibilità di “arretrare” lo sbarramento temporale alla pronuncia di merito *de libertate*, di rigetto della

⁵¹⁷ Rimane valido l’insegnamento di GIOSTRA, *Commento all’art. 9*, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 123.

⁵¹⁸ ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit., p. 57.

⁵¹⁹ ALONZI, *L’art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 74-76 il quale, correttamente, sottolinea il pericolo – per questa via – di incorrere in striscianti violazioni dell’art. 112 Cost., laddove la funzione di garanzia rappresentata dall’obbligo di esercitare l’azione venga, di fatto, svuotata tramite l’ancoraggio dello stesso a parametri non precostituiti e oggettivi, dunque suscettibili di controllo successivo, bensì volubili e mutevoli in base alla sensibilità interpretativa o all’opportunità di ciascun pubblico ministero. Una volta individuato nel provvedimento di legittimità lo spartiacque ineludibile, condizionante l’intera “strategia” accusatoria, appare inevitabile che l’investigatore valuterà – in base a criteri non prevedibili – l’opportunità di sollecitare o meno un tale intervento. Condividono questa impostazione BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito*, cit., p. 66.

⁵²⁰ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito*, cit., p. 66 e GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 347.

domanda cautelare⁵²¹. Una simile esegesi permetterebbe, allora, di non precludere alla pubblica accusa la formulazione di un'imputazione fondata su nuovi elementi a carico, emersi e acquisiti posteriormente alla pronuncia *de libertate* di merito, ma anteriormente a quella della cassazione⁵²².

Appare allora evidente che – per quanto paradossale fosse, tenuto conto delle intenzioni del legislatore – ciò che, in ultima analisi, la disposizione in esame non era realmente in grado di garantire era assicurare che la richiesta di archiviazione fosse realmente formulata in assenza di gravi indizi di colpevolezza, anche laddove la pronuncia della Corte di cassazione fosse, sul punto, del tutto corretta⁵²³.

Il possibile scarto tra integrale compendio investigativo e allegazioni a supporto della domanda cautelare, originato dal funzionamento del meccanismo selettivo di cui all'art. 291 c.p.p., è tale, in assenza di contrappesi, da originare conclusioni paradossali: in queste situazioni il pubblico ministero sarebbe nella condizione di «legittimamente chiedere ed ottenere sia l'archiviazione (invocando, appunto, l'applicazione del nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.), sia l'adozione di una misura cautelare (rinnovando la richiesta e giocando, questa volta, tutte le carte a sua disposizione)»⁵²⁴. Addirittura, attraverso una selezione “suicida” del compendio probatorio, egli si precostituirebbe artatamente il viatico per sottrarsi, indebitamente, al controllo giurisdizionale sul rispetto dell'obbligo di agire.

Nata con l'intento di predeterminare, in via oggettiva, la condotta dell'investigatore la norma è davvero sembrata, sin dal suo esordio, uno strumento idoneo a declinarne il comportamento alla luce del criterio di opportunità.

4. Disposizione «in difficoltà di senso»: un interludio abnorme.

⁵²¹ VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1224; ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit., p. 59; ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 94 e CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 24, il quale parla di «ultimo momento utile per integrare il materiale probatorio» nell'ambito del giudizio cautelare.

⁵²² Non meritevole di positiva considerazione ci pare, invece, la tesi sostenuta da DELL'ANNO, *“Archiviazione cautelare” e conseguenti problemi operativi*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 38, secondo cui il *novum* che consentirebbe il superamento della preclusione dovrebbe ritenersi integrato altresì da elementi che il giudice del merito «non ha potuto, per qualsivoglia ragione, valutare nell'ambito della delibazione svolta in relazione al provvedimento in questione».

Tale opzione, infatti, aprirebbe la porta al reingresso, in chiave evidentemente distorsiva del tenore letterale della disposizione, del materiale selezionato per difetto ex art. 291 c.p.p.

⁵²³ Cfr. CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 23.

⁵²⁴ GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 348 e ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 96.

Contra, IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2211, il quale ribatte a quest'obiezione sostenendo che «se davvero fosse così, davvero l'esito sarebbe assurdo. Ma per fortuna non è così. Si applicano le norme sul procedimento di archiviazione: il g.i.p. ha il fascicolo sottomano e se lo guarda; vede queste nuove prove preesistenti... e respinge la richiesta di archiviazione».

La tesi non sembra convincente (categorico CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 21: «francamente non vedo come il giudice dell'archiviazione possa rigettare la richiesta del pubblico ministero»). L'A. propone, con forse eccessiva semplicità, l'integrale applicazione dell'art. 409 c.p.p., senza porsi – così ci pare – eccessivi problemi di compatibilità, ma evita, e questo è il punto, di distinguere tra co. 4 e co. 5. Sostenere che il g.i.p. possa «respingere la richiesta di archiviazione» non sposta il problema di un millimetro: il p.m. potrebbe avergli sottoposto indagini complete (quindi da non integrare *iussu iudicis*) e chiamarsi obbligato dall'art. 405, co. 1-bis all'inazione. Respingere, *sic et simpliciter*, la richiesta getta il procedimento in un limbo assai contiguo alla stasi.

L'A., infatti, sembra inconsapevole dei dubbi sorti in punto di applicabilità, in casi analoghi, dell'art. 409, co. 5 c.p.p. (per la tesi negativa, ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 89; per quella positiva, VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1231) e “risolve” il dilemma restando troppo sul vago. La vaghezza, tuttavia, non aiuta a fare chiarezza.

Esposti, pure se in breve, modalità di (mal)funzionamento del meccanismo condizionante e relativi difetti di c.d. “ingegneria processualpenalistica” non resta che spostare il fuoco della critica a due, conclusive, tematiche nel tentativo di trovare risposta a due questioni: se la nuova fattispecie abbia rappresentato un nuovo caso di archiviazione o una *species* del *genus* dell’infondatezza della *notitia criminis* e, infine, quale sanzione l’ordinamento abbia approntato nel caso in cui il pubblico ministero si fosse ostinato a perseverare nonostante il pregiudizio condizionante.

Chiarito che l’attore pubblico, nei limiti delle condizioni esaminate, avrebbe potuto legittimamente non esercitare l’azione penale è ora opportuno approfondire la natura della posizione giuridica che, più sopra, abbiamo qualificato come dovere. Questo aspetto rappresenta il filo rosso capace di tenere entrambe le tematiche da ultimo poste.

Il confronto con la disciplina ordinaria, già esaminata, può fornire importanti spunti. L’esercizio avventato o frettoloso dell’azione penale non fa scattare, ormai è chiaro, alcun meccanismo sanzionatorio di natura processuale⁵²⁵. In quest’ambito, dunque, un “dovere” del pubblico inquirente di non agire può ipotizzarsi solo a condizione di reputarlo del tutto *sui generis* ovvero la cui violazione è sfornita di ogni effetto sul piano giuridico-processuale. In altri termini, è possibile desumerne l’«esistenza dalla sola previsione del modello legale di comportamento»⁵²⁶.

Posto dunque che, al realizzarsi dei presupposti tipizzati dal co. 1-*bis* dell’art. 405 c.p.p., il comportamento del pubblico ministero lesivo della norma è, a tutti gli effetti, antidoveroso, la questione diventa quali siano – se ve ne sono – le conseguenze processuali di tale violazione. Le due domande poste *supra* si intersecano.

Se la fattispecie di nuovo conio è ricondotta, come la dottrina maggioritaria ha mostrato di ritenere, a ipotesi speciale di archiviazione per infondatezza della *notitia criminis* (imperniata su un’inedita equivalenza legislativa: pronuncia della Corte di cassazione – richiesta di archiviazione) la risposta sembra scontata, ovvero nessuna conseguenza. Indi per cui, una volta formulata – pur antidoverosamente – l’imputazione, «alla logica del *controllo* caratteristica della procedura di archiviazione si sostituisce la logica del *giudizio*»⁵²⁷. Se proprio di sanzione si vuole discorrere, a carico del pubblico ministero poco avveduto, irragionevolmente caparbio o scorretto, si deve ragionare in termini di imputazione infondata e conseguente proscioglimento dell’imputato (oltre a immaginare conseguenze sul piano disciplinare, per il tramite dell’art. 124 c.p.p.). Il legislatore, con la norma in esame, avrebbe dunque inteso specificare espressamente che sussiste un’infondatezza qualificata della notizia di reato, autorizzando il pubblico ministero a non esercitare l’azione penale, tramite l’istituzione dell’anzidetto automatismo.

La prospettiva, tuttavia, cambierebbe radicalmente laddove si sposasse una diversa tesi, patrocinata da una dottrina minoritaria, volta a ravvisare nel comma di più recente

⁵²⁵ «Nessuno ha mai pensato che, quando il pubblico ministero esercita l’azione penale in presenza di una notizia di reato palesemente infondata, il giudice debba pronunciare sentenza di proscioglimento con la formula “perché l’azione penale non doveva essere iniziata”», così CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 25.

⁵²⁶ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 25.

⁵²⁷ Così, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 25; VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione*, cit., p. 1234; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito*, cit., p. 62; ALONZI, *L’art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 98 e VALENTINI, *Interferenze inedite*, cit., p. 4759.

introduzione un nuovo tipo, una autonoma fattispecie di archiviazione⁵²⁸ o, forse più correttamente, ad attribuire valore preclusivo al precedente accertamento compiuto dalla Corte di cassazione⁵²⁹.

Lasciando in disparte la prima delle opzioni anzidette – in ordine alla quale si rileva l'«improbabile collocazione sistematica», tanto sotto il profilo «topografico» che «funzionale»⁵³⁰ – preme qui considerare la seconda, al fine di saggiarne plausibilità e tenuta sistematica.

La possibilità che il comma 1-*bis* dell'art. 405 c.p.p. venisse interpretato quale nuovo, positivo punto di emersione del principio di preclusione ha indotto parte della dottrina a scorgere nella novella la disposizione finalmente volta ad adeguare il tradizionale processo penale alla modernità⁵³¹, laddove una delle più pressanti e innovative esigenze del processo penale contemporaneo si declina nel canone efficientistico, garantendo dal rischio di inutili duplicazioni di attività già espletate. Per assicurare allo stesso una durata realmente «ragionevole», allora, occorrerebbe incidere non soltanto sui processi già avviati, ma anche su quelli *in fieri* avendo cioè cura che il principio costituzionale miri, forse soprattutto, a che non sia consentito *tout court* un processo, pur dalle tempistiche congrue, ma inutile *ab origine*⁵³².

Tale chiave di lettura implicherebbe, secondo questa dottrina, il rifiuto di considerare l'art. 405, co. 1-*bis* quale norma *minus quam perfecta* alla cui violazione cioè non seguirebbe alcuna reazione processuale, sotto forma di sanzione per l'attore che ha tenuto una condotta antidoverosa⁵³³. E, posto il rispetto del principio di stretta legalità in materia di nullità, la sanzione idonea andrebbe rinvenuta sul terreno dell'inammissibilità. Esigenze di sistema – spiegabili anche con l'intento di «conferire effettività alla nuova fattispecie, destinata altrimenti a restare lettera morta»⁵³⁴ – spingerebbero in questa necessaria direzione: imporre doveri la cui osservanza è rimessa alla bontà d'animo del soggetto obbligato equivale a «una diseconomia che non ottimizza le risorse del sistema»⁵³⁵.

Eppure, così ricostruita, la fattispecie – che si vedrebbe risospinta verso l'ambito dogmatico della preclusione – perderebbe definitivamente di ogni residua razionalità⁵³⁶. Soltanto a costo di riconoscere valore preclusivo al precedente accertamento compiuto dalla Corte di cassazione sarebbe possibile ritenere al pubblico ministero sbarrata, sotto pena di inammissibilità, la strada della formulazione dell'imputazione, impedendo così al giudice adito di decidere sul merito della stessa⁵³⁷.

⁵²⁸ GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 339 che, al riguardo, si esprime con la locuzione «bizzarria tassonomica» e, ci pare, GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 94.

⁵²⁹ ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 101.

⁵³⁰ GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso"*, cit., p. 339.

⁵³¹ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2205-6, afferma che il comma introdotto «era proprio la norma che ci voleva».

⁵³² Cfr. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2213.

⁵³³ Per primo, si esprime in questi termini ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit., p. 62.

⁵³⁴ FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, cit., p. 107.

⁵³⁵ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2212.

⁵³⁶ Critici circa la ricostruzione del comma 1-*bis* in termini di preclusione, ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 100 s. e, soprattutto, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 26-8.

⁵³⁷ ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.*, cit., p. 101.

Una simile ricostruzione, tuttavia, è tale da lasciare affiorare non pochi interrogativi irrisolti⁵³⁸. Eccentrica è, anzitutto, l'idea di una preclusione «derivante dalla pronuncia di un giudice che ha poteri decisionali e strumenti cognitivi assolutamente non paragonabili, per difetto, a quelli del giudice che subisce il vincolo»⁵³⁹.

A lasciare l'interprete ulteriormente esterrefatto sarebbe «l'inestricabile groviglio»⁵⁴⁰ che si verrebbe a creare tra procedibilità e merito che, ci pare, supererebbe notevolmente l'ordinario *standard* del «lavoro quotidiano dei giudici di merito e della Cassazione»⁵⁴¹. Il senso di stordimento è, infatti, originato dalla circostanza che ciò che condiziona la procedibilità sarebbe rappresentato proprio da elementi di puro merito.

Basta porre mente a talune situazioni piuttosto ordinarie per rendersene conto. Il pubblico ministero, nonostante la scure della Corte di cassazione «in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza», esercita caparbiamente l'azione penale sull'assunto di avere acquisito, successivamente, altri e comunque rilevanti elementi a carico dell'imputato non riversati nel procedimento cautelare nel pieno rispetto della facoltà che l'art. 291 c.p.p. gli riconosce.

Il giudice del merito, dell'udienza preliminare o del dibattimento, sarebbe allora chiamato a un compito del tutto peculiare: “pesare” gli atti di indagine asseritamente «a carico» dell'imputato, al fine di valutarne l'idoneità a rovesciare la presunzione *iuris tantum* di equivalenza di cui si è dato conto (pronuncia della Corte di legittimità – archivio). Quest'attività sarebbe del tutto necessaria, per evitare che il pubblico ministero riacquisti piena libertà d'agire mediante il compimento di un qualsiasi atto investigativo, anche il meno pertinente e rilevante.

Ebbene, in questa situazione il giudice del merito⁵⁴² è chiamato a scindere l'attività d'indagine in un “prima” e in un “poi” e optare per l'improcedibilità dell'azione tutte le volte in cui quanto accaduto “dopo” l'intervento della Corte di cassazione gli apparisse non significativo, benché non si sa più rispetto a quale parametro (certo non rispetto l'utilità del giudizio, essendo ormai l'azione già stata esercitata in via irretrattabile). Non si comprende, tuttavia, come una sentenza di tal fatta – di proscioglimento perché l'azione penale non doveva essere esercitata – possa poi essere contrabbandata per una decisione di pura improcedibilità sfornita di talune qualità connaturate alla decisione di merito (su tutti, la mancanza di effetti nel giudizio civile o amministrativo)⁵⁴³.

A uscire compromesso da questa opzione sarebbe, inoltre, lo stesso inciso «e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini», poiché lo stesso giudice del merito sarebbe tenuto – in virtù del tenore letterale della norma, che parla ancora di “indagato” – a valutare la situazione probatoria così come si

⁵³⁸ Al punto che in dottrina si sono succedute plurime definizioni, tutte evocative dello sconcerto rispetto al prodotto della penna legislativa. Le due più significative, che concorrono a completare il titolo del paragrafo, si devono a GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 339 s. e GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 90 s.

⁵³⁹ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 27.

⁵⁴⁰ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 27.

⁵⁴¹ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2211.

⁵⁴² Senza considerare che laddove egli sia il giudice del dibattimento si assisterebbe inerti al problema, identico a quello esaminato nella sez. I in punto di emissione della misura cautelare per la prima volta durante il giudizio, di un giudice chiamato a scandagliare approfonditamente nel merito l'intero fascicolo delle indagini preliminari.

⁵⁴³ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 27.

è cristallizzata al momento dell'esercizio dell'azione penale. Se, successivamente a quello spartiacque, il pubblico ministero raccogliesse altri e nuovi elementi "a carico" dell'imputato, ciononostante il giudice dovrebbe prosciogliere perché, quando l'imputazione è stata formulata, non vi erano le condizioni per procedere. Eppure, poiché la causa di non procedibilità (*rectius*, di preclusione all'azione) è poggiata, interamente, sul merito (la circostanza che «successivamente» l'accusatore possa vantare nuovi elementi probatori da spendere *contra reum*) si potrebbe essere tentati dal ragionare similmente a quanto il legislatore mostra di intendere nell'art. 345, co. 2 c.p.p. O, ancora, perché ritenere precluso al giudice di esercitare i suoi poteri d'ufficio (artt. 421-bis e 507 c.p.p.) e acquisire *ex se* gli elementi sopravvenuti di cui abbisogna per procedere?

Molto meglio, allora, tornare alla prima e più piana ricostruzione. Relegare la nuova norma a specializzazione della più tradizionale forma di archiviazione per infondatezza della *notitia criminis*, nel senso di autorizzare – discutibilmente, secondo la dottrina maggioritaria – il pubblico ministero a non esercitare l'azione penale al realizzarsi delle condizioni in essa previste. Qualora, tuttavia, lo stesso decida, antidoverosamente, di chiedere o di disporre ugualmente il rinvio a giudizio, il giudice del merito non potrebbe fare altro che pronunciarsi sull'imputazione. In ciò, quindi, nessuna differenza rispetto all'azione avventata, esercitata in spregio agli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att.

Siffatta conclusione costituisce, tuttavia, la sublimazione di quanto si è paventato all'inizio: norma ideata per frenare gli abusi dell'investigatore nelle sue determinazioni; precocemente involutasi in strumento oscillante tra ieratica inutilità e incentivo alle disuguaglianze di trattamento nel mancato esercizio dell'azione penale.

5. *Ortopedia necessaria: una norma (davvero?) tre volte irragionevole, ma con qualche futuro spiraglio.*

La vita dell'inedito vincolo legale è stata, tuttavia, assai breve. Attinta da plurime eccezioni di incostituzionalità⁵⁴⁴, il suo destino è apparso immediatamente segnato.

Con una declaratoria di illegittimità «inevitabile»⁵⁴⁵, la Corte costituzionale ha dunque proseguito nell'opera di «ripulitura del sistema processuale penale dalle peggiori scorie»⁵⁴⁶ risalenti alla legge n. 46 del 2006, nota negli ambienti giudiziari e giornalistici come "legge Pecorella".

Facendo propri i rilievi critici evidenziati dalla dottrina (quasi) unanime⁵⁴⁷, la Corte ha beneficiato di un solido retroterra culturale da cui attingere le proprie argomentazioni e ha

⁵⁴⁴ Per una completa disamina delle censure rimesse all'attenzione della Corte costituzionale e dalla stessa affrontare *ex professo* soltanto in parte, si v. VALENTINI, *La dubbia legittimità costituzionale dell'art. 405, comma 1-bis c.p.p.: questioni sollevate e questioni da risolvere*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3645 s.

⁵⁴⁵ LONATI, *Una norma tre volte irragionevole: il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 2036.

⁵⁴⁶ Così, GREVI, *Scarcerati ma non scagionati*, in *Corriere della Sera*, 27 aprile 2009, p. 27. Per analoghe considerazioni, v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Cancellato un ulteriore pezzo di un provvedimento già decimato*, in *Guida al dir.*, 2009, f. 19, p. 86.

⁵⁴⁷ Oltre agli autori già più volte citati, si segnalano ulteriormente BELTRAMI, *La Pecorella e il nuovo articolo 405 c.p.p. Dubbi di legittimità, ermellini a rischio*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 29, p. 54 s.; MARZADURI, *Così nell'assetto degli istituti il legislatore ricerca nuovi equilibri*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 10, p. 51 s. e KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e ricorso per cassazione introdotte dalla cd. "legge Pecorella"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 641 s.

SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione "coatta"*, cit., p. 1151 ha parlato di «unanime insofferenza» nei confronti del nuovo istituto.

colto l'occasione per ribadire, ma non aggiornare, taluni principi di teoria generale del processo, usciti malconci dall'incauto procedere della penna legislativa.

La sentenza n. 121 del 2009, nel complesso, è dunque meritoria di un giudizio positivo, per via dell'equilibrio con il quale è intervenuta su un tema dall'importanza cruciale – inerente all'esercizio dell'azione e la possibile interferenza tra il processo, o quantomeno il suo inizio, e l'incidente cautelare – non essendosi limitata, tuttavia, a caducare la disposizione con argomenti forti, sebbene talvolta eccessivamente *tranchantes*, ma spingendosi oltre, sino a non escludere *tout court* la possibilità di inediti e futuri scenari rispetto ai quali ha però dettato criteri di metodo, ai quali il legislatore ordinario non potrà non ispirare il proprio, eventuale operato.

Pur nella consapevolezza del proprio ruolo, la Corte non ha mancato di prendere posizione circa l'*intentio legis* che ha mosso il legislatore. Evitate indebite interferenze nel merito, agevolmente se ne può tuttavia intuire il pensiero: l'introduzione di un «vincolo legale del tutto innovativo alle determinazioni del pubblico ministero in punto di esercizio dell'azione penale» è finalizzata allo scopo di «evitare, contrastando una prassi in assunto diffusa», che lo stesso inquirente eserciti «caparbiamente l'azione penale in relazioni a prospettazioni accusatorie la cui inconsistenza sarebbe giù stata acclarata dalla Corte di cassazione in occasione dello scrutinio di iniziative cautelari»⁵⁴⁸.

Il Giudice delle leggi sembra dubitare, anzitutto, della plausibilità del male che il legislatore si è proposto di curare con l'introduzione del comma 1-*bis* nell'ordito dell'art. 405 c.p.p.⁵⁴⁹. Le sue obiezioni investono, conseguentemente, e in modo diretto, la terapia prescritta, risolvendosi la stessa in un «rimedio preventivo», ove non addirittura di tipo inibitorio⁵⁵⁰, che «rovescia il rapporto fisiologico» tra procedimento incidentale *de libertate* e procedimento principale, facendo sì – in ultima analisi – che la possibilità di avvio del processo venga a dipendere da valutazioni del tutto discrezionali dell'accusatore, all'esito del subprocedimento cautelare⁵⁵¹.

Su questo aspetto si appuntano le riserve costituzionali più consistenti, capaci di tracimare in censure apprezzabili alla stregua dei parametri di cui agli artt. 3 e 112.

Tuttavia, prima di analizzare i profili di illegittimità della disposizione, i giudici hanno ripercorso e ribadito i tradizionali approdi cui la giurisprudenza, propria e di legittimità, è pervenuta in tema di interferenze tra procedimento cautelare e principale, senza tuttavia apportare significative innovazioni⁵⁵².

Per corroborare il postulato dell'indifferenza tra i due procedimenti – riguardo al quale «non si era mai dubitato [...] che la pronuncia emessa in sede cautelare, ancorché all'esito

⁵⁴⁸ Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 1135-6.

⁵⁴⁹ Così come, del resto, la dottrina unanime non ha mancato di segnalare l'anomalia di un intervento novellistico dalla portata sistematica così dirompente giustificato dall'esistenza di una prassi giudiziaria «perversa» della cui effettiva rilevanza statistica non era, né è tuttora, dato sapere. Cfr. LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*, cit., p. 2039.

⁵⁵⁰ Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., p. 1136.

Cfr., in dottrina, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 23 e KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello*, cit., p. 641. CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, p. 1379 parla, invece, di «sanzione *extra ordinem* per iniziative cautelari inopportune del pubblico ministero». Della stessa opinione, GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 91.

⁵⁵¹ Cfr. LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*, cit., p. 2047.

⁵⁵² SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito: brevi note a margine della sentenza n. 121/2009 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3300-3302.

definitivo di una impugnazione, avesse una portata rigorosamente circoscritta al procedimento incidentale *de libertate*, senza poter vincolare né il pubblico ministero [...] né il giudice dell'udienza preliminare [...] né, ancora, il giudice del dibattimento» – il Giudice delle leggi si è avvalso, da un lato, del percorso ermeneutico tracciato da una nota pronuncia resa nel 1993 dalla Corte di cassazione⁵⁵³ e, dall'altro, ha mostrato di condividere gli approdi di cui all'annosa diatriba circa l'unica ipotesi di interferenza “in direzione inversa” che l'ordinamento conosce.

Siamo, come è noto, nel campo di applicazione del principio di assorbimento. Quale punto di equilibrio delle intersezioni originate dalla fisiologica coesistenza dei due distinti procedimenti⁵⁵⁴, esso si esplica nella regola secondo cui solamente il raggiungimento di «certi stadi decisori» nel procedimento principale è tale da precludere, assorbendola appunto, la valutazione inerente alla sussistenza della gravità indiziaria cautelare. Si tratta, in altri termini, della conferma dei postulati alla base della pronuncia n. 71 del 1996, successivamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁵⁵.

Venendo ora alle censure con cui la Corte ha investito la disposizione impugnata, non meraviglia che lo scheletro dell'apparato motivazionale rinvenga ampi precedenti nei commenti che la migliore dottrina ha dedicato alla tematica. Le ragioni che hanno portato alla caducazione, infatti, si declinano in una trilogia di vizi già autorevolmente preconizzata e afferenti al canone, elastico, della ragionevolezza⁵⁵⁶.

Il primo profilo è riscontrato nella «siderale distanza»⁵⁵⁷ che separa, inevitabilmente, le regole di giudizio che presiedono, da un lato, alla cognizione cautelare e, dall'altro, alla deliberazione in ordine all'esercizio dell'azione penale⁵⁵⁸. Siamo qui in presenza di uno degli

⁵⁵³ Il riferimento corre alla pronuncia Sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, con nota di CERESA GASTALDO, *Sulla persistenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, p. 1610 s., alla quale si deve la prima affermazione dell'assoluta autonomia del procedimento principale, al riparo da ogni interferenza delle statuizioni cautelari: in quell'occasione, la Corte negò l'esistenza di un interesse concreto e attuale a ricorrere da parte dell'«per vedere pronunciato l'annullamento dell'ordinanza applicativa o manutentiva di una misura custodiale già revocata nelle more dell'iter e smentì anche l'assunto circa la vincolatività della pronuncia adottata dal tribunale del riesame – o, in generale, da qualunque giudice dell'impugnazione cautelare – in ordine alla carenza o meno dei gravi indizi di colpevolezza, escludendo che la stessa possa proiettare condizionamenti capaci di interferire con le autonome valutazioni in punto di esercizio dell'azione penale o di qualificazione del fatto.

Nel tempo, l'assunto giurisprudenziale è rimasto del tutto invariato. Per una riconferma dei principi di diritto brevemente riassunti, per quanto afferente alle cautele reali, si v. Cass., Sez. un., 24 aprile 2008, T., in *Cass. pen.*, 2008, p. 4031, con osservazioni di APRILE.

⁵⁵⁴ Cfr. BARGIS, *Procedimenti de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 168-9.

⁵⁵⁵ V. Cap. II, sez. I, parr. 3-4.

Cfr., ancora, SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione “coatta”*, cit., p. 1152 secondo cui il rischio di minare la «coerenza sistematica», per via dell'introduzione dell'inedito vincolo di pregiudizialità tra procedimento incidentale e principale, è stato governato mediante l'attestazione, da parte dei giudici costituzionali, su «posizioni piattamente coerenti con la tradizionale impostazione dogmatica del tema». In particolare, la sottolineatura della «cognizione sommaria e a carattere accessorio tipica del giudizio cautelare e la necessità di tutelare la separazione tra la fase dell'indagine e la fase del processo». Si v., infine, ma in una prospettiva che non ci convince del tutto in quanto aprioristicamente contraria a qualunque ipotesi di “calibrata” interferenza tra i due mondi, VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Giappichelli, 2004, p. 66 s. e 80 e NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 281 s.

⁵⁵⁶ FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, cit., p. 106-107.

⁵⁵⁷ ADORNO, *La richiesta “coatta” di archiviazione*, cit., p. 49.

⁵⁵⁸ Cfr. SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione “coatta”*, cit., p. 1155; LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*, cit., p. 2045; CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta*, cit., p. 1374. Così anche GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 96.

snodi più battuti dalla dottrina, maggioritaria e tradizionale, e che si esprime nel noto binomio “giudizio statico – giudizio dinamico” per riassumere, descrivendole icasticamente, due «realità complementari e alternative»⁵⁵⁹.

Il secondo momento di discrasia tra la norma e il canone di ragionevolezza si coglie nella divergenza dei momenti valutativi, oltretutto per regole di giudizio, per basi probatorie poste a sostegno delle rispettive decisioni⁵⁶⁰.

Come noto, il pubblico ministero gode del potere selettivo in forza dell’art. 291 c.p.p. in virtù del quale il paniere probatorio su cui è fondata la richiesta cautelare potrebbe fisiologicamente non coincidere, per difetto, con quello presentato insieme alla domanda in merito all’azione penale.

Inoltre, i momenti nei quali tali richieste e valutazioni sono solitamente compiute possono divergere anche sensibilmente: la prima può essere presentata – e di solito lo è – nelle prime battute dell’investigazione; la seconda, viceversa, è sottoposta all’organo giurisdizionale al termine delle indagini preliminari e sulla base di un compendio istruttorio informato al canone di (tendenziale) completezza. Ricomporre a sistema questi parametri, specialmente nelle indagini con più indagati e più ipotesi d’accusa, può risultare affatto scontato o conveniente.

In terzo e ultimo luogo, infine, la Corte ha riscontrato profili di irragionevolezza nel primo – e fondamentale – tra i requisiti che il legislatore ha elevato a presupposto per il funzionamento del meccanismo condizionante. Il vaglio della Corte di cassazione, sfociante nella pronuncia in ordine all’insussistenza del quadro di gravità indiziaria, si esercita in via del tutto indiretta mediante il controllo sulla sola motivazione del provvedimento impugnato⁵⁶¹. Inutile rimarcare ulteriormente il debito della sentenza di incostituzionalità nei confronti di quella dottrina che, con spiccata sensibilità, si è incaricata di “aprire la strada” a un intervento risolutivo, di tipo caducatorio⁵⁶².

In realtà, a uno sguardo più distaccato e meno influenzato dallo *strepitus fori* che l’approvazione della disposizione censurata ha generato tra gli interpreti, anche i più autorevoli, è forse esperibile un tentativo di lettura critica della sentenza n. 121 del 2009 e tramite essa della novella, rispetto alla quale qualche considerazione di segno differente può forse essere proposta⁵⁶³.

Limitarsi a ribadire l’ovvio – cioè che la Corte di cassazione «non accerta in modo diretto la mancanza del *fumus commissi delicti*», in ragione delle caratteristiche proprie del giudizio di legittimità «non alterate [...] dall’ampliamento dei motivi di ricorso» – non può risolvere il dubbio di “tenuta” costituzionale della disposizione. Come noto, una norma è dichiarata illegittima non già perché della stessa è possibile darne una lettura contrastante con la Carta fondamentale, ma soltanto laddove non sia esperibile neanche un’interpretazione a essa

⁵⁵⁹ GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 341. Per gli opportuni riferimenti si v. *supra* par. 3.

⁵⁶⁰ SCOMPARIN, *Incostituzionale l’archiviazione “coatta”*, cit., p. 1156; LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*, cit., p. 2047; CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta*, cit., p. 1375.

⁵⁶¹ Ancora, SCOMPARIN, *Incostituzionale l’archiviazione “coatta”*, cit., p. 1157; LONATI, *Una norma tre volte irragionevole*, cit., p. 2048-9; CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta*, cit., p. 1372-3.

⁵⁶² Su tutti GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”*, cit., p. 349.

⁵⁶³ In tal senso, spigolando tra la letteratura dedicata al tema, si v. CERESA-GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 839; SANTALUCIA, *L’incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito*, cit., p. 3301 s. e SCOMPARIN, *Incostituzionale l’archiviazione “coatta”*, cit., p. 1158-1163.

conforme. Si tratta, dunque, di un criterio di economia e di proporzionalità o di *extrema ratio*, nell'esercizio del potere caducatorio.

Ebbene, la lettura che del presupposto è stata fornita può forse apparire eccessivamente *tranchante*. La Corte sembra infatti ricondurre l'irragionevolezza a una questione statistica-quantitativa, laddove riconosce essere «del tutto residuali e comunque occasionali» le situazioni in cui la Corte di cassazione può «direttamente incidere» sul compendio gravemente indiziario. Nella ordinarietà delle evenienze, viceversa, l'annullamento del provvedimento impugnato non è idoneo a disvelarne automaticamente l'oggettiva insussistenza poiché, da un lato, taluni elementi a carico potrebbero non essere stati adeguatamente soppesati dalla motivazione del provvedimento impugnato e, dall'altro, il giudice della cautela potrebbe avere male motivato una gravità indiziaria inconfutabile⁵⁶⁴.

Questo passaggio è stato ritenuto «l'argomento di minor pregio» dell'impalcatura motivazionale⁵⁶⁵, che qui pecca per eccessiva semplificazione. È ben vero che il più delle volte il controllo in sede di legittimità si esplica secondo le cadenze descritte dal giudice delle leggi; tuttavia è anche agevole individuare spazi in cui potere riconoscere un differente approccio della Corte di cassazione al vaglio circa la gravità indiziaria. Torna alla mente, anzitutto, quanto affermato *supra* circa le ipotesi in cui la Suprema Corte rigetti un ricorso contro un provvedimento cautelare di merito che già abbia negato la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza⁵⁶⁶. La stessa Corte costituzionale, d'altronde, riconosce espressamente almeno un'ipotesi in cui il presupposto in esame si sarebbe inverato, laddove cioè venga esclusa «l'utilizzabilità di uno o più degli elementi indiziari valorizzati dal giudice di merito».

Allora, riuscendo l'interprete a individuare una sia pur minima area di operatività della disposizione, viene da chiedersi come mai la Corte abbia reputato di non considerare che «era a questo tipo di decisioni che il legislatore [...] guardava per introdurre un vincolo in capo al pubblico ministero»⁵⁶⁷, frequenti o meno che fossero nella prassi.

Simili considerazioni, ci sembra, avrebbero potuto gettare una nuova luce sulla disposizione poiché, sotto questo profilo, un *vulnus* ai principi costituzionali sarebbe stato più arduo da ravvisare. Esso avrebbe dovuto muovere dall'opposto punto prospettico, ovvero dalla presa di coscienza dell'esistenza di una – più o meno ampia – area di effettiva applicabilità della disposizione per giungere a sostenere che, anche laddove la Suprema Corte avesse accertato direttamente l'assenza di gravità indiziaria, la scelta di condizionare il pubblico ministero all'inazione sarebbe comunque del tutto sformata di ogni ragionevolezza. In esito però a un percorso argomentativo ben più complesso e articolato rispetto alle laconiche, e francamente un po' contate, considerazioni riportate.

Al di là di quest'aspetto – forse in fin dei conti anche secondario, nell'economia complessiva della pronuncia – la stessa prende una posizione molto netta circa il vero tema sollevato dalla disposizione censurata, rappresentato dalla permeabilità del processo di merito alle conclusioni raggiunte nel cautelare. Tuttavia, a nostro parere, la decisione si pone

⁵⁶⁴ Cfr., per tutti, CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 19-20.

⁵⁶⁵ SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito*, cit., p. 3309.

⁵⁶⁶ CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio*, cit., p. 19. O, ancora, si pensi alle «ipotesi della pronuncia che rigetti il ricorso del pubblico ministero avverso l'ordinanza emessa dal tribunale in sede di riesame o di appello cautelare, che abbia revocato la misura coercitiva applicata dal giudice per le indagini preliminari», così ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, cit., p. 51.

⁵⁶⁷ SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito*, cit., p. 3309.

in un'ottica del tutto sorda a talune novità che, pur se indirette, ove adeguatamente valutate avrebbero potuto indurre il Giudice delle leggi a una correzione del tiro rispetto a taluni precedenti arresti.

La Corte ha, difatti, ricollegato il principio di c.d. “impermeabilità” a un «preciso fondamento logico-sistematico», poiché un segmento procedimentale connotato da cognizione sommaria e carattere accessorio non può proiettare vincoli e ombre sugli sviluppi di un processo a cognizione piena, rispetto al quale il primo è strumentale e servente. Tuttavia, la Corte ammette che detto principio rappresenta il riflesso «anche e soprattutto» dell'impostazione accusatoria del vigente codice, il quale ha riservato alla sola fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato e giunge a rinvenirne un esplicito addentellato nei principi del giusto processo di cui all'art. 111, co. 4 Cost. In quest'ottica, allora, l'esclusione di effetti condizionanti varrebbe – niente meno – che a «scandire, salvaguardandola, la distinzione tra la fase delle indagini preliminari [...] e quella del processo».

Sorvolando sul riferimento all'impostazione accusatoria del codice attuale, del quale il principio di impermeabilità costituirebbe connotato qualificante o ingrediente indefettibile⁵⁶⁸, non si vede come riaffermare che la prova si formi solo nel contraddittorio dibattimentale tra le parti possa giovare a fare chiarezza sulla questione inerente al condizionamento. L'art. 405, co. 1-bis c.p.p. ha sì permesso una specifica osmosi tra i due mondi, ma l'ha ancorata a elementi (una precisa decisione in ambito cautelare e le valutazioni del pubblico ministero in punto di esercizio dell'azione penale) entrambi saldamente collocati nella fase procedimentale che, con i dettami del giusto processo, ha francamente poco a che spartire⁵⁶⁹.

Similmente, desta qualche perplessità la chiosa in punto di preservazione della distinzione tra le fasi, *pre* e *post* esercizio dell'azione. Come si è meglio analizzato nel Cap. I, la preoccupazione circa una reale cesura tra le fasi ha rappresentato la stella polare della stagione della codificazione; eppure, nessuno ha mai sostenuto che, per perseguire l'obiettivo, sarebbe stato indispensabile (anche) tenere ferma la “tradizione” dell'esclusione di ogni condizionamento da parte del giudizio cautelare, pur se via via irrobustito nella struttura e reso più pesante nelle forme. La impermeabilità delle due vicende è elemento, oltretutto, tipico di un modello processuale – quello repecito dal c.d. codice Rocco – tutt'altro che informato al principio di rigida separatezza tra le fasi.

Questa marcata evoluzione del rito forgiato nel libro IV del codice rende, tuttavia, evidente che le granitiche conclusioni – se mai di conclusioni è permesso discorrere – a cui si giunse nel 1988 furono adagate su un sistema oggi profondamente innovato. L'autentico *punctum dolens* risiede, allora, nel domandarsi se sia possibile ripensare criticamente il dogma dell'incomunicabilità tra i due mondi nonostante le storiche differenze tra decisione

⁵⁶⁸ Anche se in realtà non risulta che, cogliendo e illustrando le distinzioni tra sistemi “tendenzialmente” accusatorio e inquisitorio, nessuno abbia mai ricondotto detto principio al primo archetipo. Cfr., ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 s.

Sorprende, anzi, notare come gli stessi argomenti – cognizione sommaria, carattere accessorio, strumentalità al processo di merito – fossero prodromici, vigente il codice Rocco, alla considerazione del procedimento incidentale-cautelare quale “mera parentesi”, processo “minore” e di “breve respiro”, cfr. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2193.

⁵⁶⁹ SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito*, cit., p. 3303.

cautelare e giudizio di merito – in ragione di una loro tendenziale omologazione in punto di parametri decisorii e forme di esercizio della funzione⁵⁷⁰ – si siano viepiù assottigliate.

Il processo di progressiva implementazione di garanzie e forme, cognizione e rimedi previsti in ambito *de libertate* – quel lungo cammino che ha portato gli interpreti a discorrere di «giusto processo cautelare»⁵⁷¹ – rappresenta un elemento sintomatico della strisciante trasformazione degli equilibri sistematici sui quali poggia l'intelaiatura del codice, acuendo l'impressione di trovarsi di fronte a uno snodo all'altezza del quale il legislatore, più inconsapevolmente che altro, ha via via optato per l'irrobustimento del segmento pre-processuale del rito penale⁵⁷². Con un'importate corollario, tuttavia: nella materia oggetto dell'intervento dei giudici della legge si discorreva (soltanto) di azione; non di convincimento del giudice del dibattimento o di formazione della prova in contesti a esso estranei.

È bensì vero che il tema dell'incidentalità «non è che il precipitato tecnico della interna lacerazione che ontologicamente contraddistingue le misure cautelari»⁵⁷³ – strette nel paradosso secondo cui, per un verso, sovrapponendosi alla pena, esigenze di giusta tutela dei diritti fondamentali imporrebbero un accertamento tendenzialmente completo; per un altro, al fine di non frustrare gli scopi cui la cautela tende, è fortemente avvertita la necessità di valutazioni rapide (sommatorie) e immediate (allo stato degli atti) – ma è impensabile che il ventennale disegno legislativo di progressivo irrobustimento di quello che era parso addirittura un «codice all'interno del codice»⁵⁷⁴, per l'intrinseca sistematicità e l'indubbio pregio di talune innovative opzioni, sia stato del tutto privo di ogni riflesso sistematico. All'interno di meccanismi di precisione quali i moderni codici di rito, l'idea che reiterati interventi novellistici dall'apparente ambito settoriale siano del tutto scevri da ripercussioni di sistema – con esiti imprevedibili, se non peggiorativi – è, più che ingenua, utopica⁵⁷⁵.

La Corte costituzionale, viceversa, ha ommesso di confrontarsi con simili spunti interpretativi⁵⁷⁶ che, ci pare, avrebbero potuto condurla a un esito, sia concesso, meno generalizzante.

Su un punto occorre, tuttavia, essere chiari. La «falsa dicotomia»⁵⁷⁷ in cui il legislatore cadde nel 2006 fu effettivamente il portato di uno strabismo evidente, a cui si aggiunse una

⁵⁷⁰ Si pensi al riconoscimento di «una forza espansiva alle disposizioni generali sulle prove» ben oltre i confini del Libro III e del giudizio dibattimentale, cfr. CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta*, cit., p. 1381 e, prima ancora, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice Vassalli, NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274 s.

Quanto alla forza «espansiva» che l'art. 111 Cost. potrebbe esercitare sulla giurisdizione cautelare, in particolare per quanto concerne il diritto dell'indagato a confrontarsi con l'accusatore riconosciuto dal co. 3 della disposizione, si v. MOLARI, *Introduzione alla Tavola rotonda*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno di Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 144-5.

⁵⁷¹ Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Spennato, in *C.E.D. Cass.*, n. 234598; oltre che in *Guida al dir.*, 2006, f. 44, p. 50, con commento di FRIGO.

⁵⁷² V. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.

⁵⁷³ CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta*, cit., p. 1382.

⁵⁷⁴ AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 17.

⁵⁷⁵ Cfr., GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, a cura di Grevi, Milano, 1006, p. 189.

⁵⁷⁶ Si v. per es. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 8ª ed., cit., p. 441; similmente dubitativo, ci pare, CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 838.

⁵⁷⁷ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 837.

tecnica legislativa ampiamente deficitaria: la smentita del grave quadro indiziario non implica “*sempre*” l’insostenibilità dell’accusa in giudizio e non giustifica l’imposizione al pubblico ministero dell’obbligo di richiedere “*in ogni caso*” l’archiviazione.

Alla Corte costituzionale era, però, richiesto altro ovvero sia un intervento di tipo chirurgico, strettamente funzionale a salvare con il bisturi e non già con la scure non tanto quel minimo margine di operatività che la norma avrebbe forse potuto garantire⁵⁷⁸, quanto a modellare ed eventualmente ad aggiornare un principio di teoria generale del processo dal quale il legislatore, quasi contemporaneamente, ha deciso di trarre un nuovo istituto. Questa volta, però, in un’ottica marcatamente *contra reum* e con tonalità decisamente più tetre.

⁵⁷⁸ Margine di cui pure in dottrina si è discusso – si v. ancora SANTALUCIA, *L’incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito*, cit., p. 3299 s. – e che però vi è fondato motivo di credere fosse più immaginario che reale. Ciò a causa delle vistose smagliature che, comunque, hanno caratterizzato il *novum*, a prescindere dal suo inquadramento sistematico.

Sezione III
Fumus commissi delicti e celere instaurazione del processo.

SOMMARIO: 1. Esigenze di semplificazione e di celerità: il giudizio immediato quale canale di (ordinario) esercizio dell'azione penale. - 2. È possibile concepire un nuovo modello di procedimento penale? - 3. I presupposti del rito immediato c.d. "custodiale": a) esercizio dell'azione penale per il reato alla base del titolo cautelare. Una nuova ipotesi di giudizio immediato? - 4. (segue) b) Le scansioni temporali e la stabilizzazione del titolo cautelare; la clausola di salvezza che riespande la discrezionalità dell'attore. - 5. L'equivalenza "gravi indizi cautelari = superfluità dell'udienza preliminare". Profili di latente incostituzionalità.

1. Esigenze di semplificazione e di celerità: il giudizio immediato quale canale di (ordinario) esercizio dell'azione penale.

Caratterizzato da assoluta novità rispetto all'archetipo già noto sotto la vigenza del codice Rocco e da spiccata poliedricità⁵⁷⁹, il *genus* giudizio immediato si caratterizza prioritariamente – ma forse, soltanto – per l'esigenza di garantire una cospicua anticipazione della celebrazione del dibattimento e, parallelamente, una deflazione dello stesso⁵⁸⁰.

Posto a «metà strada tra il giudizio direttissimo e il procedimento ordinario»⁵⁸¹, ispirato all'accentuazione delle caratteristiche accusatorie del nuovo processo – *id est*, la drastica riduzione dello iato cronologico che separa il *tempus commissi delicti* dalla celebrazione della pubblica udienza dibattimentale – il modello che costituisce punto di riferimento per la presente indagine è rappresentato dal rito instaurato dalla richiesta del pubblico ministero e qualificato, sin dall'entrata in vigore del codice Vassalli, *genus* tipico del rinnovato istituto⁵⁸².

L'immediato⁵⁸³ approdo alla fase dibattimentale dovrebbe costituire – in linea teorica – l'obiettivo cui tende ogni codice con dichiarata vocazione accusatoria. Tuttavia, la fisiologica sequenza ordinaria, rappresentata dal trittico indagini preliminari – udienza

⁵⁷⁹ F. SIRACUSANO, *Originari statuti e nuovi orizzonti dei giudizi immediati*, Torino, 2018, p. 4; RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 468-469, secondo cui sarebbe più appropriato discorrere di "giudizi immediati", attesa l'impossibilità di ricondurre entro un unico paradigma le diverse tipologie del rito in esame.

⁵⁸⁰ RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 469 spiega la necessità, in ottica di sistema, di uno strumento a innesco *ex auctoritate* al fine di incentivare lo sbocco verso alternative premiali e negoziali, sotto la minaccia di una sanzione percepita come più imminente e, indirettamente, certa.

L'idea alla base del codice accusatorio del 1988 può essere così sintetizzata: visti i "costi" del nuovo dibattimento, in termini tanto di risorse umane quanto economiche, il sistema non sarebbe in grado di tollerare la definizione dell'intera mole di procedimenti per via del rito ordinario, occorrendo definirne il più possibile in via alternativa. Cfr., CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 308-309 e, più di recente, ZAPPALÀ-PATANÈ, *I procedimenti speciali*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara-Patané-F. Siracusano, Milano, 2013, p. 557.

⁵⁸¹ *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ordinario n. 2, 110.

⁵⁸² ILLUMINATI, *Il giudizio immediato*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 706.

⁵⁸³ Visti i tempi medi della giustizia, colse il vero CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 860, parlando di «rito diretto», ponendo l'accento sul fatto che il transito al dibattimento non è così "immediato" come la terminologia prescelta lascerebbe presumere.

preliminare – giudizio⁵⁸⁴, non sempre è in grado di garantire il rispetto di tempistiche ragionevoli. Una tale presa di coscienza, ha nel tempo sospinto il legislatore a predisporre nuovi strumenti volti a ovviare a questa cronica insufficienza strutturale dell'apparato giudiziario⁵⁸⁵, modellando istituti in base ai quali, al verificarsi di certe condizioni, sarebbero giustificate deviazioni dalla strada ordinaria, con spostamento dei piatti della bilancia a vantaggio del profilo efficientistico e contestuale compressione delle *chances* difensive dell'imputato.

Talvolta, siffatta rivisitazione del punto di equilibrio tra istanze di sistema e garanzie difensive dell'individuo è giustificata da presupposti tradizionali, quali la supposta minore gravità delle fattispecie di reato (*ex art. 550 c.p.p.*) o dall'acquisizione di una *notitia criminis* particolarmente pregnante (stato di flagranza)⁵⁸⁶. In queste circostanze, infatti, non è ritenuto irragionevole predisporre moduli procedurali derogatori del rito ordinario, *sub specie* di eliminazione di fasi tipiche di quest'ultimo.

Dal canto suo, il giudizio immediato si caratterizza, strutturalmente, per l'amputazione della fase dell'udienza preliminare quale necessario *step* di controllo e verifica giurisdizionale sull'azione penale esercitata da parte del pubblico ministero, da svolgersi nel contraddittorio tra le parti poste in condizione di parità dinanzi a un giudice il cui tasso di terzietà si è nel tempo progressivamente innalzato. Nel modello uscito dalla penna legislativa del 1988, la soppressione dell'udienza preliminare è giustificata, *ex auctoritate*, laddove la «prova appare evidente».

Ben presto, tuttavia, il meccanismo di precisione coniato con il codice repubblicano ha mostrato talune crepe. Da un lato, è divenuta considerazione persino banale e certamente incontrovertibile quella secondo cui il processo ordinario non si presta a un impiego generalizzato “su larga scala”, anche per via del fatto che la sua irragionevole durata costituisce in molti casi la sola strategia processuale dell'imputato⁵⁸⁷, così da generare un inestricabile circolo vizioso in cui tendono a fondersi cause ed effetti del rallentato andamento della macchina giudiziaria; dall'altro, però, i riti premiali – una delle autentiche novità del codice di ispirazione anglosassone, il c.d. «codice delle scelte»⁵⁸⁸ – hanno faticato a conquistare lo spazio (anzitutto, quantitativo) che i codificatori avevano immaginato, per via di plurime censure di legittimità costituzionale che ben presto ne alterarono la fisionomia, quanto dell'affermarsi del principio di tendenziale completezza delle indagini preliminari⁵⁸⁹.

Questa linea interpretativa, filtrata in un'ottica storica, può concorrere a spiegare l'energico *restyling* subito nel tempo dal libro VI del codice in tutti i suoi istituti chiave⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Sequenza che, secondo CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2012, p. 544, essendo scandita da momenti distinti ma strettamente complementari, tuttora rappresenta il migliore bilanciamento possibile tra esigenze efficientistiche e garanzie individuali.

⁵⁸⁵ Basti questo dato, riportato nella relazione del Presidente dell'A.N.M. PONIZ, *In nome del popolo italiano. Le persone, il potere, la legge*, Genova, 29-30 novembre-1° dicembre 2019, p. 8, secondo cui «in Italia l'attuale rapporto numerico tra magistrati in organico e popolazione è di 11 per 100.000, a fronte di una media europea di 22 magistrati per 100.000 abitanti».

⁵⁸⁶ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 189.

⁵⁸⁷ ORLANDI, *Insostenibile lunghezza del processo penale e sorti progressive dei riti speciali*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Milano, 2013, p. 139.

⁵⁸⁸ DELLA MONICA, *Opzioni di strategia processuale e scelta del rito*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, I, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 155.

⁵⁸⁹ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 45 s.

⁵⁹⁰ Compie una rapida panoramica AMODIO, *I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, f. 3, p. 107 s.

L'ultima novella sul tema che ci riguarda è del 2008⁵⁹¹. Oltre a incentivare i poteri d'impulso dell'attore pubblico, oggi attinto dal "dovere" di esercitare l'azione penale con le forme autoritative del giudizio direttissimo e immediato, essa è animata anche da improprie finalità penal-sostanziali: minacciare l'imputato di una rapida conclusione del processo, depurato dalla prospettiva della prescrizione e da incentivi premiali, dovrebbe fungere da stimolo idoneo a sollecitare in lui l'adesione a moduli procedimentali negoziali, convenienti dal punto di vista del risparmio di risorse per il sistema e finalizzati a una maggiore certezza della pena.

La strada intrapresa costituisce, tuttavia, estrinsecazione di un modo di legiferare più volte stigmatizzato dagli interpreti: frutto di ondate emotive frequentemente influenzate dal caso di cronaca giudiziaria del momento, tali rattoppi di sistema svelano una prassi nota, consistente nell'attribuire al processo scopi e finalità a esso estranee, dimodoché sempre più spesso «è la procedura, e non il diritto sostanziale, a decidere chi [e quanto] verrà punito»⁵⁹².

L'ottica marcatamente efficientistica⁵⁹³ della l. n. 125 del 2008 (di conversione del d.l. concernente il c.d. Pacchetto sicurezza approvato in via emergenziale dal Governo), orientata a intimidire il reo attraverso la celebrazione di processi-lampo, garantendo loro una corsia privilegiata in relazione ai reati di maggiore allarme sociale (vero o indotto che sia), è evidente al punto da rievocare plasticamente quell'esigenza di istantaneità della risposta giurisdizionale, espressione di «immediato esempio di energica repressione»⁵⁹⁴. La quadratura del cerchio è, infine, raggiunta attraverso la rivisitazione del giudizio direttissimo⁵⁹⁵ e, da ultimo, dell'art. 132-bis disp. att. c.p.p. volto a delineare un elenco di

⁵⁹¹ La l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Legge Orlando) è intervenuta sul giudizio immediato in via del tutto marginale e, per quanto qui importa, trascurabile, spinta soltanto dalla necessità di garantire l'inevitabile raccordo con le modifiche apportate alla disciplina del giudizio abbreviato.

⁵⁹² ALLEGREZZA, *La nuova fisionomia del giudizio direttissimo*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2008, p. 249. Per considerazioni analoghe, rivolte in special modo al giudizio immediato c.d. "custodiale", vi s. IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, p. 493.

⁵⁹³ Critico circa la deriva "aziendalistica" del processo penale, PECORELLA, *Il crepuscolo del rito accusatorio: contro l'efficienza senza le garanzie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 730.

⁵⁹⁴ *Relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, 1929, p. 86 e, più di recente, SPANGHER, *I procedimenti speciali*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 544 che evidenzia come, a seguito delle modifiche introdotte nel 2008, il giudizio immediato abbia patito una «trasformazione "genetica", maggiormente legata all'esemplarità, in linea con la filosofia della legislazione di sicurezza». Della stessa opinione VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in *Misure urgenti*, cit., p. 284.

⁵⁹⁵ Circa la possibilità che il rinnovato giudizio immediato costituisca lo sviluppo "fisiologico" della mancata proficua trattazione della regudicanda attraverso l'instaurazione del rito direttissimo laddove, in particolare, il p.m. ritenga di non potere chiudere le indagini nel termine prolungato di trenta giorni ai sensi dell'art. 449 c.p.p., si v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato per chi è già in carcere*, in *Guida dir.*, 2008, f. 23, p. 80; ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura, in tema di giudizio immediato "custodiale"*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, f. 3, p. 10 s. e VARRASO, *Il "doppio binario" del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scafati, Torino, 2008, p. 180.

Dal combinato disposto dei due rinnovati istituti esce una direttiva di fondo del sistema, nitida ma preoccupante: la scelta di semplificazione procedimentale e di contenimento dei tempi di definizione della regudicanda laddove l'imputato sia *in vinculis* è attuata mediante l'incentivazione degli strumenti autoritativi e l'amputazione di sempre più rilevanti fasi procedimentali un tempo considerate essenziali. Se l'idea di una risposta giudiziaria celere per l'imputato ristretto è di per sé positiva (F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 165), l'elisione *ex auctoritate* di sempre maggiori garanzie dell'imputato (dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari, con il fascio di attività defensionale complementari, all'udienza preliminare stessa), senza che questi possa in alcun modo interloquire al riguardo, lascia profondamente perplessi (VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 289).

Questo *fil rouge* è, in effetti, presente anche nelle recenti *Proposte di riforma dell'Associazione Nazionale Magistrati in materia di diritto e processo penale*, approvate dal Comitato Direttivo Centrale il 10 novembre 2018 e apparse su www.dirittopenalecontemporaneo.it, il 23 novembre 2018. Al punto 7 si può leggere la

procedimenti da trattare con «priorità assoluta» nella formazione dei ruoli d'udienza, senza però che l'organo politico si sia premurato di indicare alcuna gerarchia interna alla (pletorica) disposizione⁵⁹⁶.

Ciò che colpisce, dell'idea di "semplificazione", è che l'«assoluta ingovernabilità»⁵⁹⁷ del rito ordinario abbia rappresentato la base di partenza per l'amputazione delle potenzialità dell'udienza preliminare, fase reputata con tutta evidenza inutile al verificarsi di sempre più numerose condizioni sintomatiche tali da renderne – nell'immaginario legislativo – superflua la celebrazione. Le attività di filtro e di controllo, attuate nel contraddittorio delle parti a *discovery* già effettuata e non già nel solipsismo del giudicante, circa la fondatezza della pretesa di giudizio patrocinata dal pubblico ministero⁵⁹⁸ appare un «costo eccessivo rispetto ai diritti che intende assicurare»⁵⁹⁹. Non è invece considerato, per esempio, che ciò che viene «sottratta all'imputato è [anche] la possibilità di accedere al giudice prima di innescare i riti alternativi, integrando il fascicolo del pubblico ministero con gli eventuali esiti delle proprie indagini difensive ovvero ottenendo l'attivazione dei poteri istruttori»⁶⁰⁰ di cui agli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p.

La torsione che l'ordinamento ha subito, nel volgere di neppure un decennio, desta stupore. Dalla "legge Carotti" del 1999 al "Pacchetto sicurezza" del 2008, infatti, il legislatore ha adottato scelte sistematiche la cui coerenza è ardua da riscontrare. Con la riforma del 1999, l'udienza preliminare era assunta al rango di snodo cruciale dell'*iter* procedurale, momento imprescindibile di verifica e completamento definitivo dell'imputazione, di opzione per i riti speciali a innesco negoziale e *sedes materiae* dell'ambita deflazione del sistema grazie alla riscrittura dell'art. 425, co. 3 c.p.p.

Il sistema ha, tuttavia, reagito in maniera ondivaga. Da un lato, la Corte costituzionale – interprete dalla spiccata sensibilità in materia – ha ribadito a più riprese l'importanza di questo crocevia, primo autentico momento di controllo giurisdizionale circa la corretta incardinazione della pretesa punitiva, posto a raccordo tra la fase investigativa e quella dibattimentale, elevandolo a vera e propria garanzia per il soggetto nei cui confronti si

proposta di *Estensione del giudizio direttissimo anche al caso di fermo di indiziato di delitto*. Tra le motivazioni addotte, si scorgono passaggi comuni a quanto sarà oggetto di disamina più approfondita *infra*: «in caso di fermo di indiziato di delitto, si deve procedere entro 48 ore alla richiesta di convalida del GIP e quindi il soggetto fermato è già garantito dalla necessaria interlocuzione con un Giudice, che dovrà contestargli gli elementi di prova e interrogarlo e se del caso procedere alla convalida del fermo. Una garanzia certo di maggiore spessore di quella eventuale interlocuzione col PM che è lo scopo perseguito dall'avviso ex 415 bis c.p.p. ... L'estensione dei presupposti del rito direttissimo pure ai casi di fermo per indiziato di delitto permette allora di definire la regiducanda in termini processualmente celeri non soltanto nella evenienza in cui si sia proceduto ad un arresto in flagranza, ma pure nel caso in cui si sia proceduto ad un fermo di indiziato di delitto. E ciò, si badi, senza alcun arretramento sostanziale sul terreno delle garanzie processuali, dato che il controllo di legalità che il giudice della convalida esercita sull'accusa e sugli elementi di prova è il medesimo sia se esso abbia ad oggetto un arresto sia che esso concerna un fermo e di certo il predetto controllo giudiziale non ha nulla da invidiare a quello meramente eventuale esercitato dal PM a seguito dell'avviso ex art.415 bis c.p.p.».

⁵⁹⁶ Sul punto, BRICCHETTI-PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *Guida dir.*, 2008, f. 32, p. 101 s. Esprime un giudizio positivo, RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 476.

⁵⁹⁷ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 15.

⁵⁹⁸ Controllo che si esplica anche in punto di stabilizzazione dell'imputazione, cfr. Cass., Sez. un., 1° febbraio 2008, n. 5307, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310, con nota di PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata*, p. 2318 s. e MARINELLI, *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione*, p. 2327 s.; il contrasto, tuttavia, è continuato: da un lato, si v. Cass., sez. V, 19 maggio 2015, p.m. in c. Masconni, in *C.E.D. Cass.*, n. 266415, dall'altro, Cass., sez. II, 8 aprile 2016, p.m. in proc. Maroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 267848 e sez. VI, 12 maggio 2016, P.M. in proc. De Meo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 267035.

⁵⁹⁹ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 15.

⁶⁰⁰ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato*, cit., p. 82.

procede⁶⁰¹. Dall'altro, invece, tanto la Corte di cassazione⁶⁰² quanto il legislatore hanno manifestato difficoltà ad accettare il nuovo corso impresso dalla legge n. 479 del 1999. Il declassamento del filtro giurisdizionale da regola a «eccezione... da riservare a quei reati che non destano particolare allarme sociale»⁶⁰³ è evidente, così come palesi sono i rischi di sperequazioni ingiustificate⁶⁰⁴ e di involuzioni inquisitorie che «mettono a dura prova il rispetto costituzionale dei diritti difensivi dell'imputato»⁶⁰⁵.

Più che l'opzione di politica giudiziaria coltivata dal legislatore nell'ultimo decennio – che pure ha potuto attingere da un retroterra culturale piuttosto florido – a lasciare basiti è l'estrema facilità con cui, nel volgere di breve tempo, si è proceduto alla dequotazione di interventi a vocazione sistematica, a dispetto dell'impegno profuso per consolidare

⁶⁰¹ Spunti in F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 188. Corte cost., 19 giugno 2009, n. 182 (ord.), in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 160, con nota di CARBONE, *Sull'utilità dell'udienza preliminare nella sua attuale formulazione*; Corte cost., 27 aprile 2001, n. 112 (ord.), in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 718; ante riforma Carotti, Corte cost., 11 marzo 1993, n. 82 (rel. Vassalli), in *Giur. it.*, 1993, I, c. 1371 s. che così limpidamente si esprime: «l'udienza preliminare sia stata contrassegnata dai caratteri tipici della fase giurisdizionale, in cui le parti, in contraddittorio fra loro, si misurano su un determinato *thema decidendum*, la cui deliberazione è affidata ad un giudice di regola estraneo alla raccolta degli elementi sulla cui base è chiamato ad adottare la pronuncia conclusiva. Ciò significa che l'udienza, proprio perché è la sede in cui si introduce per la prima volta la dialettica processuale dinanzi ad un giudice che si colloca in una funzione di sostanziale terzietà, è destinata a svolgere essenzialmente una funzione di garanzia, quale certamente è quella di consentire all'imputato di difendersi e contrastare la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero. Che l'udienza preliminare possa poi concludersi con una sentenza di non luogo a procedere, e quindi svolgere anche una funzione di economia processuale, è aspetto che non interferisce con quanto si è detto, rappresentandone, semmai, il naturale corollario: a fronte della domanda di giudizio infondata, infatti, sta anzitutto l'esigenza di assicurare il pronto ristoro dei diritti dell'inquisito, e non certo quella, secondaria e conseguenziale, di impedire una superflua prosecuzione dell'attività processuale. ... Se l'udienza preliminare è sede di garanzia e se, ancora, quest'ultima è naturale espressione dell'inviolabile diritto di difesa che l'art. 24 della Costituzione riconosce in ogni stato e grado del procedimento, è di tutta evidenza, allora, che né di garanzia né di difesa potrebbe correttamente parlarsi ove all'imputato fosse consentito di contrastare alcuni soltanto dei profili in cui si articola l'atto contestativo: tra contestazione e difesa, dunque, corre un nesso di corrispondenza biunivoca che rende l'una funzionale all'altra».

Condividono questa impostazione, in dottrina, DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 69; DI BITONTO, *Richiesta di rinvio a giudizio con capi d'imputazione generici*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1021 s.; FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 64.

⁶⁰² Emblematica è la giurisprudenza sull'art. 425, co. 3 c.p.p., particolarmente rigorosa e restrittiva nel concedere margine operativo, filtrato attraverso uno scrutinio anche di merito, al g.u.p. nell'emettere sentenza di non luogo a procedere per contraddittorietà degli elementi investigativi raccolti. Si v., Cass., Sez.II, 14 novembre 2013, Pg in proc. Maida, in *C.E.D. Cass.*, n. 257645; Sez.II, 5 novembre 2015, P.O. in proc. Caputo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 265246; Sez.IV, 12 luglio 2016, P.C. in proc. Trimarchi e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 267457. Queste sentenze si segnalano per la sterilizzazione, in via di fatto, della norma introdotta nel 1999: postulare che il G.u.p. debba pronunciare sentenza di proscioglimento soltanto laddove si trovi «al cospetto di un quadro probatorio non suscettibile di implementazione dibattimentale attraverso l'acquisizione di nuovi elementi probatori o una possibile diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito» significa alzare l'asticella dello scrutinio fino quasi alla... divinazione: eccettuati i casi di morte del reo, prescrizione del reato o palese difetto di procedibilità, in tutte le altre ipotesi, statisticamente la maggioranza e connotanti la «zona grigia», il filtro del g.u.p. è azionabile soltanto laddove egli possa affermare con certezza che difetteranno, in giudizio, «nuovi elementi» e dunque il quadro probatorio cristallizzatosi con la richiesta di rinvio a giudizio resterà immutato. È ben nota agli operatori pratici e ai frequentatori dei tribunali la minima ricorrenza statistica delle sentenze di proscioglimento ex art. 425, co. 3 c.p.p.

⁶⁰³ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 18 e

⁶⁰⁴ Si assiste al paradosso dell'eliminazione di maggiori garanzie per l'imputato proprio laddove questi sia tratto a giudizio per i fatti più gravemente sanzionati dall'ordinamento e rispetto alle quali egli attenda il giudizio *in vinculis*.

⁶⁰⁵ Così, VARRASO, *Il giudizio immediato*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Garuti-Kalb, vol. III, a cura di Garuti, Torino, 2015, p. 283-286; concordano con questa disamina, AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 luglio 2013, p. 1 s. e ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, p. 662 s.

l'architettura dell'udienza preliminare con «adempimenti, integrazioni, poteri istruttori *ex officio* e garanzie di varia consistenza»⁶⁰⁶. La sgradevole sensazione offerta dal legislatore è di procedere, in questa materia, “a tentoni”, sempre più oscillante negli scopi da perseguire; la principale conseguenza è l'estrema precarietà, forse ormai cronica, degli equilibri di sistema⁶⁰⁷.

2. È possibile concepire un nuovo modello di procedimento penale?

Alcune delle scelte di politica giudiziaria tradottesi in legge nel 2008 rinvergono il loro retroterra culturale in settori della dottrina impegnati a elaborare, con «forte dose di realismo»⁶⁰⁸, un «nuovo modo di vedere il procedimento»⁶⁰⁹.

Le proposte avanzate sono state successivamente riprese dalla Commissione Riccio, incaricata di redigere una bozza di legge-delega per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale⁶¹⁰ e divenute, infine, fonte di ispirazione per le novità confluite nell'ennesimo c.d. “pacchetto sicurezza”.

L'idea muoveva da alcuni presupposti così sintetizzabili.

Il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. ha un limite, per così dire, massimo e uno minimo. Lo studio e l'affinamento di strumenti di accelerazione dei processi – in particolare, nei confronti dell'imputato che attenda in carcere il giudizio – non possono spingersi sino a comprimere il rito al punto tale da impedire, quantomeno, la proficua esplicazione del contraddittorio tra le parti nella formazione della prova⁶¹¹. Per quanto attiene alla durata massima, invece, questa sarebbe da individuare – sempre nel processo con imputato detenuto – in un lasso di tempo, inevitabilmente flessibile e la cui demarcazione sarebbe in concreto rimessa alla ragionevole discrezionalità del legislatore, entro cui potere «far fronte alle esigenze cautelari, senza violare la libertà personale dell'imputato»⁶¹².

⁶⁰⁶ CISTERNA, *Procedimenti speciali come strumento di differenziazione per via giudiziaria*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., p. 142.

⁶⁰⁷ VARRASO, *Il giudizio immediato*, cit., p. 339.

⁶⁰⁸ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. proc. pen.*, 2003, p. 370.

⁶⁰⁹ TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1394.

⁶¹⁰ L'elaborato è stato pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 485 s. La Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, è stata nominata con D.M. 27 luglio 2006 e presieduta dal Prof. Riccio.

⁶¹¹ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 368 e NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1542.

⁶¹² TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 369 e CURTOTTI NAPPI, *La «durata ragionevole» del processo penale è anche un problema di norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1028 s.

La tesi, già di per sé, si potrebbe esporre a obiezioni critiche non facilmente superabili. Come precisato a pag. 359, 361 e 362, infatti, gli A. si esprimono in questi termini: «perché lo strumento della custodia sia efficace, è necessario che essa si protragga finché persistono le esigenze cautelari»; «l'esistenza di termini massimi [di durata della custodia cautelare in carcere – ndr], se non accompagnata da una adeguata regolamentazione del procedimento applicativo della custodia, predispone una tutela di tipo esclusivamente negativo: si limita il quantum della privazione...» e «quanto maggiori sono le garanzie concernenti i criteri applicativi della custodia, tanto meno pressante è la necessità di rendere breve la limitazione della libertà».

Questo apparato concettuale costituisce però la base per la giustificazione di una cautela dilatabile *sine die*, se le peculiarità del processo lo richiedessero. Non è dunque inutile ricordare come ebbe a pronunciarsi, in materia, la fondamentale pronuncia Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, p. 663: «la Costituzione ha inteso evitare che il sacrificio della libertà che quella comporta sia interamente subordinato alle vicende del procedimento; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che ... costituisce una delle basi della convivenza civile».

Ciò che residua dalla differenza tra i due “poli” sarebbe ascrivibile a mero “tempo morto”⁶¹³ e, dunque, legittimamente sacrificabile in nome di un processo penale moderno ed equilibrato che garantisca la coesistenza tra i plurimi, contrastanti valori di cui la Carta fondamentale è pure espressione.

De iure condendo, allora, la proposta consisterebbe nel «rimettere in discussione il principio dell'autonomia del procedimento incidentale rispetto al procedimento principale»⁶¹⁴ al fine, se così si può dire, di adeguare le norme alla potenza del fatto riscontrabile nella rinnovata, accresciuta importanza del *thema* cautelare. La forza normativa del fatto sarebbe tale da “scalzare” il diritto positivo e predisporlo alla resa⁶¹⁵.

Il passo conclusivo vien da sé. Preso atto del rilievo e della accresciuta struttura garantista dell'incidente cautelare⁶¹⁶, si potrebbe immaginare che – al fine di traghettare con sollecitudine l'imputato *in vinculis* verso il processo “che conta” – il titolo *de libertate* assorba anche le funzioni a cui presiede l'udienza preliminare, pervenendo a «una sorta di “fusione”, nei limiti di compatibilità, tra procedimento principale ed incidentale»⁶¹⁷.

L'approdo interpretativo sarebbe attuabile, tenuto conto dei noti arresti delle Corti di Cassazione e Costituzionale, poiché dagli stessi è desumibile il principio – sebbene *a contrario*, siccome l'accertamento del giudice dell'udienza preliminare sotteso al rinvio a giudizio non esonera il giudice dalla cautela dalla (ri)valutazione della sussistenza del grave quadro indiziario – secondo cui la verifica circa le condizioni di applicabilità delle misure cautelari «comporta un *quid pluris* rispetto all'indagine circa la fondatezza della richiesta di rinvio a giudizio»⁶¹⁸.

Proposte di questa natura, in effetti, si segnalano per l'estrema originalità. Il punto che qui desta maggiore interesse, infatti, attiene all'affacciarsi di un'idea – quella del superamento del “dogma” dell'autonomia del procedimento principale dagli esiti consolidatisi in quello incidentale – in un periodo in cui nessun interprete si interrogava al riguardo.

La pronuncia, pietra miliare in materia, all'epoca fu autorevolmente e positivamente commentata dalla migliore dottrina in materia, tra cui CHIAVARIO, *La scarcerazione automatica tra la “scure” della Corte Costituzionale e la “restaurazione” legislativa*, ivi, p. 665 s.; successivamente ripresa da ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 919 s. e VASSALLI, *Libertà personale e dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, I, c. 2 s.

Più di recente, critico circa la tesi avanzata dagli A. sopra citati, CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 827.

⁶¹³ Oltre al pluricitato TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 369, si v. SPANGHER, *Il processo penale tra “fermo biologico” normativo e ripensamento globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 803.

⁶¹⁴ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 370.

⁶¹⁵ «Per la persona in custodia cautelare il processo “che conta” è quello relativo alla permanenza della propria situazione detentiva o alla sua eventuale modifica in meglio, e non quello che attiene ad un rinvio a giudizio». Così, TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 370.

⁶¹⁶ Di cui tuttavia persino TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 362-363, sembrano dubitare.

⁶¹⁷ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 370.

⁶¹⁸ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 371.

Spunti utili in LEO, *Le Sezioni Unite escludono la tesi dell'assorbimento: nessuna preclusione al sindacato incidentale*, in *Guida dir.*, 2003, f. 5, p. 91 secondo cui «si potrebbe dire che il giudice del rinvio a giudizio si ferma molto prima di quello cautelare, quando verifica le prove offerte a sostegno della tesi accusatoria». In tal senso anche NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, p. 303 s. e DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 893.

Benché gli autori accompagnassero il suggerimento con le opportune cautele⁶¹⁹, si coglie perfettamente l'idea da cui muovono. La questione di ordine sistematico, che sarà ripresa costantemente in tutti gli studi successivi all'introduzione del giudizio immediato c.d. "custodiale" al fine di denunciarne l'irredimibile irragionevolezza⁶²⁰, è in realtà risolta in pochi, passaggi: il "dogma" andrebbe mantenuto solo a patto di riscontrarne la persistente ragionevolezza⁶²¹; non è un caso, si sottolinea, che i suoi teorizzatori siano contemporanei al codice Rocco del 1930, spesso addirittura anteriori alla stagione del c.d. «garantismo inquisitorio»⁶²².

La necessità di una rivisitazione in chiave critica dell'assunto tradizionale deriverebbe, dunque, dal notevole irrobustimento che ha caratterizzato, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, il procedimento incidentale cautelare sino a trasformarlo, secondo taluni, addirittura in una parentesi «più garantit[a]», almeno durante la fase delle indagini preliminari, del segmento principale⁶²³.

A questa crescita, per certi versi inaspettata, della materia *de libertate* v'è chi, tuttavia, contrappone il depotenziamento in via pretoria, dell'udienza preliminare. Pur a fronte di singolari sforzi legislativi volti a conferirle rinnovato vigore e originale struttura, la professata natura processuale del vaglio ivi condotto e la sterilizzazione *de facto* del margine operativo dell'art. 425, co. 3 c.p.p. hanno determinato la realizzazione di un filtro dalle maglie spesso troppo larghe⁶²⁴.

La tentazione è parsa, allora, irresistibile e il legislatore ha finito per cedere. Sospinto da una rinnovata, ma capovolta ricostruzione degli ordinari rapporti di equilibrio tra

⁶¹⁹ TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo*, cit., p. 370: «si tratta di temi delicatissimi che richiedono una attenta calibratura degli istituti processuali»; p. 371: «si percepisce il peso della responsabilità derivante dalla consapevolezza di maneggiare una materia fluida e incandescente, nella quale si scontrano esigenze contrapposte, tutte di grande rilevanza».

⁶²⁰ Per una recente sintesi, cfr. GARBAGNATI, voce *Giudizio immediato custodiale*, in *Digesto della procedura penale*, Torino, 2013.

⁶²¹ Sul tema ci siamo già spesi, con argomenti che qui si intendono richiamati. Si v. *retro* Cap. II, Sez.I, Par. 1.

⁶²² AMODIO, *Un questionario sul nuovo processo penale*, in *Dem. e dir.*, 1976, p. 67, convenzionalmente datato 1955.

⁶²³ TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1398. Spunti in SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso-Peroni, Piacenza, 2010, p. 804 s.

⁶²⁴ «Occorre anche considerare che, oggi, la decisione sul rinvio a giudizio è quanto mai tenue: in sostanza, si afferma in giurisprudenza, bastano elementi idonei a sostenere l'accusa», così ancora TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1398.

Recenti studi hanno rispolverato la tesi dell'opportunità di abolire del tutto l'udienza preliminare, sul presupposto della sua irredimibile inutilità: DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 1, p. 131 s. Essi si fondano, verosimilmente, anche su statistiche di recente pubblicazione. Secondo lo studio Eurispes – Unione Camere Penali Italiane: *Secondo Rapporto sul Processo Penale*, in www.eurispes.eu, 18 ottobre 2019, infatti, la percentuale di rinvii a giudizio sarebbe pari al 78,9%. Sia concesso muovere un'obiezione critica a simili proposte. Sostenere che il malfunzionamento dell'udienza preliminare ne giustifichi la soppressione, cioè che il presidio va eliminato in quanto inefficace, è un controsenso: se il varco di accesso al giudizio è troppo largo – e lo è, si ritiene, perché il giudice oppone una troppo debole resistenza alla spinta del pubblico ministero, lasciando transitare tutto, o quasi – è sin troppo evidente che occorre rendere più selettivo il passaggio, non certo spalancare la porta. In quest'ottica sembrerebbe muoversi il recente ddl governativo C. 2435 approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020 (art. 3, comma 1, lett. i) oggetto di un primo commento, parzialmente critico *in parte qua*, di GIALUZ-DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in www.sistemapenale.it, 21.4.2020, p. 145 s. e, in particolare, p. 157-161.

Propende similmente per una rinnovazione dell'udienza preliminare, ma in ottica distinta – volta, in particolare, a incidere sulla tipologia di controllo demandato al g.u.p. sull'imputazione, anche alla luce della discussa sentenza Cass., Sez. un., 1° febbraio 2008, n. 5307, Battistella, cit. – CASSIBBA, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, fasc. n. 3, p. 1 s.

procedimento principale e incidentale, già sperimentati nel 2006 in ambito archiviativo, il primo riscontro di questo clima culturale si rinviene nell'elaborato formulato dalla Commissione Riccio, consegnato al Ministro della Giustizia nel febbraio del 2008, la cui lettura fornisce spunti interessanti per chi volesse ricostruire genesi e *ratio* del diritto positivo. Preso atto di taluni difetti strutturali del codice di procedura vigente, tra cui l'assenza di adeguate «finestre di giurisdizione» durante le indagini (par. 3), la Commissione ha evidenziato le principali ragioni di crisi del settore processual-penalistico⁶²⁵, per poi formulare, nella materia che ci occupa, proposte molto simili a quelle provenienti dalla dottrina dianzi citata. In particolare, la direttiva n. 82⁶²⁶ ha rappresentato la primaria fonte di ispirazione per il legislatore del 2008 nel coniare il giudizio immediato c.d. «custodiale»⁶²⁷.

Prescindendo, per il momento, dai punti di contatto tra i due istituti – sui quali si avrà modo di tornare successivamente – ciò che filtra da entrambe le proposte di riforma del codice è una concezione flessibile dello sviluppo procedimentale, rimesso all'attivazione della pubblica accusa, legittimata (anzi, obbligata) all'immediata presentazione a dibattimento dell'imputato *in vinculis* sul solo presupposto dell'applicazione, nei suoi confronti, della custodia cautelare in carcere, una volta stabilizzatasi in una certa misura. Una forma di evidenza probatoria qualificata, di obiettivo riscontro.

La filosofia di tali venti riformistici è, invero, abbastanza peculiare. Più che denunciare la supposta accentuazione di una «malintesa concezione della tutela cautelare, piegata a una impropria funzione punitiva»⁶²⁸, a colpire l'interprete attento alla ricostruzione dell'ordito codicistico, ma consapevole del perennemente precario equilibrio tra i contrastanti valori da contemperare, dovrebbe essere la distanza siderale che separa le intenzioni dalla loro concretizzazione.

⁶²⁵ Tra cui il «rilancio dell'illusione repressiva, operata, però, solo sul terreno del c.d. ordine pubblico»; il «tramonto dell'eguaglianza» e soprattutto «la filosofia della “completabilità” delle indagini preliminari – su cui si fonda la “legge Carotti” (n. 479 del 16 dicembre 1999) –, se allo stato fa fronte al bisogno di conoscenza del processo ai fini della tutela della persona (art. 415-bis c.p.p.) e razionalizza gangli essenziali del processo (es. giudizio abbreviato), ha, già essa, aggravato una crisi risalente, determinando insopportabili stasi processuali» (par. 4).

⁶²⁶ Questo il testo: «82.1. potere-dovere del pubblico ministero, salva l'ipotesi di assoluta necessità di prosecuzione delle indagini, di esercitare l'azione penale mediante atto di citazione diretta a giudizio in relazione alle ipotesi di reato contestate con l'ordinanza applicativa di misura coercitiva; 82.2. prevedere l'atto di citazione diretta a giudizio contenga la descrizione in forma chiara e precisa del fatto contestato, l'indicazione delle fonti di prova, l'avviso di deposito di tutti gli atti di indagine con facoltà di prenderne visione ed estrarne copia, l'invito a depositare entro un termine prestabilito i risultati delle investigazioni difensive di cui si intenda fare uso; 82.3. prevedere che tale potere possa essere esercitato entro novanta giorni; 82.4. prevedere che tale potere non possa essere esercitato prima della conferma del provvedimento cautelare in sede di sua impugnazione di merito o del decorso dei termini a ciò finalizzati; 82.5. prevedere che tale potere non possa essere esercitato ove il titolo cautelare sia stato revocato per sopravvenuta carenza dei gravi indizi di colpevolezza; 82.6. prevedere che l'atto di citazione diretta sia emesso anche in relazione agli eventuali reati connessi con quello contestato nel titolo cautelare, attribuiti al medesimo soggetto e di minore gravità; 82.7. prevedere che, entro un termine prestabilito, decorrente dalla notifica della citazione, l'imputato ha facoltà di chiedere la fissazione dell'udienza di conclusione delle indagini preliminari per la definizione del processo mediante applicazione della pena su richiesta delle parti o richiesta di condanna, oppure il rito abbreviato».

⁶²⁷ La terminologia si deve a ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura*, cit., p. 10 s. Concorda, circa i rapporti d'ispirazione tra i due istituti, praticamente tutta la dottrina che si è occupata del tema: cfr., v. per tutti VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 285-290 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 141-142.

⁶²⁸ Così, LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio e la nuova ipotesi riservata all'imputato in vinculis*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura dello stesso, Padova, 2008, p. 149. La tesi non convince, tuttavia: non si coglie, invero, dove risiederebbe l'impropria funzione punitiva assegnata impropriamente alla custodia cautelare in un meccanismo del tipo di quello coniato nel 2008. Lì si discute di raccordi, avveduti o meno, tra cautela e azione penale; non già di eterogenesi dei fini della prima.

Ciò che non appaga è, difatti, la pretesa di risolvere il problema del *deficit* di garanzie dell'imputato che attenda il giudizio in custodia cautelare mediante il ricorso a modelli procedurali che riducano ulteriormente il *plafond* garantistico ordinario.

È ben vero che devono essere sacrificati anzitutto i tempi processuali improduttivi⁶²⁹, ma il «modello di riferimento non può essere quello del procedimento “speciale”» per l'ovvia ragione che quello sconta già la fisiologica amputazione *tout court* di una o più fasi ordinarie⁶³⁰.

Non è inutile ribadire, allora, che l'accelerazione dei tempi del processo è un sicuro valore dotato di apprezzamento costituzionale, che tuttavia non può essere perseguito in altro modo che comprimendo i tempi c.d. ordinari. Coglie quindi nel segno chi mette in guardia da «un'applicazione generalizzata del giudizio immediato [...] non giustificata dalla effettiva inutilità del “filtro” preliminare, ma semplicemente dalla fretta, [in quanto ciò] condurrebbe ad un risultato irragionevole: quello di una decurtazione di garanzie proprio nelle situazioni in cui, casomai, maggiore deve essere lo sforzo per verificare, il prima possibile, l'attendibilità della tesi accusatoria»⁶³¹.

In queste poche, chiare righe sono condensate molte delle valide ragioni per cui proposte del tipo di quelle più sopra delineate non avrebbero dovuto meritare alcuna attenzione legislativa. Al crescere del tasso di serietà e gravità dell'imputazione coltivata dal pubblico ministero – ravvisabile nell'ipotesi in cui l'imputato è sottoposto a misura cautelare di tipo custodiale – l'ordinamento non può rinunciare a presidi garantistici che, viceversa, continuerebbe ad assicurare per le fattispecie meno allarmanti e ordinarie, pena la contraddizione con sé stesso: o il filtro dell'udienza preliminare è scaduto a orpello anacronistico, e allora si dovrebbe seriamente discutere se abolirlo per tutti i procedimenti così trasformando il rito ordinario in un modulo prossimo alla citazione a diretta a giudizio, ovvero, come invece ritiene chi scrive, esso continua a meritare piena considerazione connotato com'è da una evidente funzione di garanzia, quale certamente è quella di consentire all'imputato di difendersi (anche nel merito) al fine di contrastare la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero.

Costituisce peculiare concezione di garantismo l'ideazione di uno sviluppo procedimentale che tollera l'amputazione *ex auctoritate* dell'udienza preliminare, perché inutile e superflua, sul presupposto della sola misura cautelare⁶³²: tenuto a mente il rapporto di forza, già ampiamente scandagliato, tra giudice per le indagini preliminari e pubblico accusatore⁶³³, che – come riconosciuto anche dalla Commissione Riccio (par. 4) – è di fatto assunto al ruolo di incontrastato *dominus* dell'intera scena processuale, almeno sino all'apertura dell'istruttoria dibattimentale, è facile affermare che il sacrificio dell'udienza preliminare, in nome di una celerità tutta *contra reum*, non rappresenti affatto il punto di

⁶²⁹ Per spunti ancora attuali, v. FERRUA, *I maxiprocessi e la legge 17 febbraio 1987, n. 29*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1164 s.

⁶³⁰ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 832.

⁶³¹ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 832.

⁶³² Ritiene addirittura che «la soppressione dell'udienza preliminare nel caso di indagato sottoposto a custodia cautelare rispon[d]a e soddisf[i] più di una esigenza di tutela dello stesso accusato», secondo i ritmi incalzanti di un sempreverde “garantismo inquisitorio”, SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato “custodiale” fra aspirazioni del legislatore e distorsioni della prassi*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 8.

⁶³³ V. *retro*, Cap. I, ove icasticamente si è definito il g.i.p. organo senza occhi né braccia, citando NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 31-32.

equilibrio ottimale tra i valori in gioco⁶³⁴, bensì l'ennesimo cedimento delle ragioni dell'imputato rispetto all'interesse investigativo dell'inquirente.

Il rappresentante della pubblica accusa, infatti, chiesta e ottenuta una misura cautelare nell'ambito della deficitaria relazione duale con l'organo giurisdizionale, otterrebbe per tale via l'ulteriore vantaggio di privare l'imputato della garanzia di essere portato dinnanzi a un giudice che, rispetto a colui che ne ha ordinato l'incarcerazione, è di certo dotato di un tasso di terzietà ed equidistanza più elevato ed è munito degli opportuni strumenti, anche istruttori, per colmare *pro reo* le eventuali lacune che l'indagine preliminare, *ex art.* 358 c.p.p., potrebbe avere (del tutto legittimamente) generato.

Per questi motivi, accontentarsi del vaglio del solo giudice della cautela, rintuzzato dal pubblico ministero nei modi e con i limiti di cui all'art. 291 c.p.p., per privare l'imputato anche delle *chances* difensive esplicabili in udienza preliminare appare più un cedimento che un progresso nel quadro complessivo delle garanzie che l'ordinamento appresta all'individuo tratto a giudizio⁶³⁵.

L'ottica, in realtà, dovrebbe essere diametralmente opposta. Preso atto dei reali rapporti di forza tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari, occorrerebbe essere franchi nell'osservare che l'attivazione del canale cautelare, per la pubblica accusa, all'esito o in costanza di indagini governate dall'impulso dello stesso accusatore, non può avvantaggiarlo – per quanto attiene alla strategia processuale – al punto da sottrarre all'imputato anche l'unico momento istituzionalmente concessogli per contrastare l'incedere dell'accusa, beneficiando della completa conoscenza degli atti d'indagine e dell'ampiezza degli strumenti istruttori ivi predisposti.

3. I presupposti del rito immediato c.d. "custodiale": a) esercizio dell'azione penale per il reato alla base del titolo cautelare. Una nuova ipotesi di giudizio immediato?

Venendo ora a esaminare, più compiutamente, i singoli presupposti del giudizio immediato c.d. "custodiale", conati negli artt. 453, co. 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p., è opportuno iniziare da quello su cui il modello si incardina.

Da taluno interpretato come elemento idoneo a corroborare l'equazione perversa «custodia cautelare in carcere = presunta colpevolezza»⁶³⁶, l'elemento di spicco del meccanismo è descritto nel comma 1-*bis* dell'art. 453 c.p.p.: il pubblico ministero richiede il giudizio immediato per il reato in relazione al quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare. In due righe, ecco generato l'«abnorme raccordo tra procedimento cautelare e valutazione sul merito dell'accusa»⁶³⁷.

In realtà, per le ragioni su cui ci si è soffermati, la logica ha del razionale: calcando l'accento sulla prognosi di elevata probabilità di colpevolezza, sottesa all'art. 273 c.p.p., il

⁶³⁴ Eppure, in questa "falsa dicotomia" incorre anche DI BITONTO, *Libertà personale*, cit., p. 893 che, all'esito di un pregevole *excursus* circa i rapporti tra il procedimento cautelare e il principio del contraddittorio, giunge a una proposta sostanzialmente simile a quelle già da noi riportate *supra*.

⁶³⁵ Così anche VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 289.

⁶³⁶ LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio*, cit., p. 151.

Spunti di teoria generale in GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 15 s. e MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, ivi, p. 213 s.

⁶³⁷ AMODIO, *I procedimenti speciali nel labirinto*, cit., p. 111.

legislatore agevola il pubblico ministero nell'evitargli il vaglio sull'idoneità dell'accusa da sostenere in giudizio tipico dell'udienza preliminare⁶³⁸.

L'oggetto della richiesta di giudizio immediato è rappresentato dal «reato» per cui l'indagato, in quel momento, si trova in stato di cattività⁶³⁹. L'azione penale esercitata nella nuova forma contratta deve, dunque, necessariamente coincidere, nel suo oggetto, con il fatto addebitato nel titolo cautelare, in relazione al quale il giudice per le indagini preliminari si è speso nel motivare la gravità indiziaria. Come è stato correttamente sottolineato, esso rappresenta l'unica contestazione «rispetto alla quale l'imputato [...] ha avuto modo di articolare una qualche difesa», in sede di interrogatorio di garanzia⁶⁴⁰.

La disposizione è tale da predisporre una correlazione tra l'imputazione provvisoria cautelare e quella definitiva⁶⁴¹. Di per sé, l'equivalenza non pare aprioristicamente abnorme⁶⁴², ma coglie un profilo di interesse che sottolinea la possibile diversa specificità, dal punto di vista della «chiarezza e precisione», con cui il fatto è addebitato all'imputato. Da un lato, infatti, l'art. 292, co. 1, lett. b c.p.p. si accontenta di una «descrizione sommaria del fatto»; dall'altro, l'art. 429, co. 1, lett. c e, prima ancora, l'art. 417, co. 1, lett. b c.p.p. esigono uno più elevato sforzo di precisazione e determinatezza nel delineare la fisionomia della fattispecie contestata⁶⁴³.

La ragione di una tale divergenza è invero da rinvenirsi nel diverso materiale investigativo sul quale le distinte domande poggiano e che non sempre si caratterizza per la medesima completezza e cristallizzazione. Le indagini preliminari, è noto, sono una fase fluida ed esposta a improvvisi mutamenti del compendio investigativo; l'esercizio dell'azione, invece, riposa su un compendio istruttorio completo e, tendenzialmente, immutabile⁶⁴⁴.

⁶³⁸ Cfr., VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 288. V. pure SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale"*, cit., p. 6-7 e MAFFEO, *Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: la posizione della Corte di cassazione. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 559 s.

⁶³⁹ BENE, Sub art. 453 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, t. II, Milano, 2017, p. 2067 sottolinea che, in virtù della formula imprecisa impiegata dal legislatore, la dizione normativa valga a vincolare il p.m. in presenza di un'identità fattuale, in quanto è sul fatto – oggetto di imputazione preliminare ai sensi dell'art. 292 c.p.p. – che sono stati apprezzati i gravi indizi di colpevolezza.

Per quanto riguarda la tipologia di restrizione che legittima l'attivazione del rito, in dottrina si registrano due tesi. Secondo la prima, più restrittiva (VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 304), la tradizionale equivalenza tra custodia in carcere e arresti domiciliari, di cui all'art. 284, co. 5 c.p.p., dovrebbe trovare eccezione nel caso in esame atteso che, diversamente, si tratterebbe di un'inusuale equivalenza *in malam partem*; viceversa, per la tesi maggioritaria, entrambe le modalità di cautela sarebbero idonee a legittimare l'attivazione del rito (F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 151 e SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.: una nuova ipotesi di giudizio immediato?*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2782).

⁶⁴⁰ Così F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 147. Per questa via, infatti, l'art. 294 c.p.p. svolgerebbe le funzioni che, nel rito immediato "tipico", riveste l'invito a rendere interrogatorio ai sensi dell'art. 375 c.p.p. In ciò, quindi, il legislatore non avrebbe fatto altro che positivizzare una (criticata e criticabile) giurisprudenza largamente maggioritaria che, anche prima del 2008, sosteneva l'equivalenza di taluni specifici atti all'interrogatorio condotto dal p.m.: si v., per quanto riguarda l'interrogatorio *ex art.* 391 c.p.p., Cass., sez. II, 18 gennaio 2012, *Cannone*, in *C.E.D. Cass.*, n. 252820; in merito all'art. 294 c.p.p., si v. Cass., sez. III, 29 novembre 2007, n. 205, *ivi*, n. 238792.

In dottrina, si v. RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 474 e FUMU, *Il giudizio immediato*, in *Riti camerali e speciali*, coord. da Nosengo, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2006, p. 547.

⁶⁴¹ In ciò coltivando un'idea presente nella legge delega del 1987, direttiva n. 36, sulla quale pur si è detto qualcosa. Si v., *retro*, Cap. II, Sez. I, Par. I.

⁶⁴² Sia consentito il rinvio a MALERBA, *Nessun controllo sull'azione penale in caso di domanda cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4628.

⁶⁴³ Per questi rilievi, F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 148.

⁶⁴⁴ Spunti per una rilettura critica in SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale"*, cit., p. 7 e CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 835-836.

Appare evidente, dunque, che tanto più l'addebito cautelare si attesti a un livello embrionale o sommario – ipotesi pure possibile in astratto, sebbene chi scrive non ritiene che un'ordinanza cautelare sollecitata da un'istanza connotata da un tale livello di fumosità sia coerente con il combinato disposto delineato dagli artt. 291 e 292 c.p.p. – quanto più il pubblico ministero, prima di esercitare l'azione penale con le forme dell'art. 453, co. 1-*bis* c.p.p., dovrebbe rivalutare la “tenuta” del requisito *de quo*. Laddove invece, e in ogni caso, si orientasse per un'imputazione palesemente distante – in punto di fatto o di qualificazione giuridica – da quella posta alla base del procedimento cautelare, egli dovrebbe optare per una delle tre alternative astrattamente prospettabili⁶⁴⁵: astenersi dal procedere con lo strumento in esame; alternativa allo stato che si lascia preferire in quanto meno radicale, rivolgere all'indagato un invito a rendere interrogatorio ai sensi dell'art. 375, co. 3 c.p.p.⁶⁴⁶ ovvero, in ultima analisi, “aggiornare” lo *status custodiae* in modo tale che la qualificazione giuridica ivi cristallizzata trovi corrispondenza nell'emanando atto imputativo⁶⁴⁷.

Lo strumento in parola costituisce, come si nota, un innegabile «salto di qualità»⁶⁴⁸ rispetto all'unico altro istituto, all'epoca vigente ma ormai non più, che ha introdotto un raccordo tra i mondi del procedimento principale e incidentale, ovvero l'archiviazione c.d. coatta. Anzitutto, è corretto precisare che non è condivisibile la tesi secondo cui il giudizio immediato c.d. “custodiale” rappresenterebbe un istituto a semplici “rime invertite” rispetto a quello delineato nell'art. 405, co. 1-*bis* c.p.p.⁶⁴⁹; una norma autenticamente speculare alla disposizione dichiarata incostituzionale, infatti, avrebbe posto l'accento sul divieto, per il giudice dell'archiviazione, di accogliere la relativa richiesta a seguito di determinati esiti del subprocedimento cautelare e non già, viceversa, in merito al celere esercizio della pretesa punitiva⁶⁵⁰.

Nell'istituto coniato nel 2008, infatti, la correlazione tra i due procedimenti ha una spiccata direzione *contra reum*⁶⁵¹, di forza tale da vincolare tanto il pubblico ministero quanto il giudice chiamato a disporre il giudizio immediato. In altri termini, se nell'art. 405, co. 1-*bis* c.p.p. la decisione cautelare giocava a favore dell'imputato; qui è il contrario. Oltretutto, l'aggravio è reso vieppiù evidente dalla circostanza per cui nell'archiviazione “cautelare” la decisione incidentale idonea a vincolare il pubblico ministero all'inazione necessitava l'avallo – per quanto problematico – della Suprema Corte; qui, invece, ci si accontenta di un provvedimento di merito, cioè non definitivo.

In realtà, i dubbi sottostanti alla tematica affrontata conducono l'interprete a interrogarsi circa la natura del rito, da qualificare o meno quale *genus* del giudizio immediato “tipico”. Il punto dolente risiede, infatti, nello stabilire se il requisito fondante l'inedito meccanismo sia

⁶⁴⁵ Spunti in F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 150.

⁶⁴⁶ Il quale, rispetto all'ordinanza cautelare, si caratterizza per altri contenuti, orientati alla prospettiva dibattimentale: «d'indicazione degli elementi e delle fonti di prova e l'avvertimento che potrà essere presentata richiesta di giudizio immediato».

⁶⁴⁷ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 312.

⁶⁴⁸ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 297.

⁶⁴⁹ Così invece CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, p. 397 s. e, ci pare di capire, F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 143.

⁶⁵⁰ Lucidamente, CAPRIOLI, *Il modello sperimentale: l'incidenza della decisione cautelare sul procedimento principale*, Relazione svolta nel corso dell'Incontro internazionale di studio su “*Libertà e cautele nel processo penale. La dimensione incidentale e i rapporti tra procedimento penale e giudizio cautelare*”, Siracusa 15 maggio 2010, dattiloscritto, secondo cui una disposizione autenticamente simmetrica dovrebbe essere strutturata nel seguente modo: “è vietato al g.i.p. accogliere una richiesta di archiviazione dopo che il giudice della cautela ha riconosciuto la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato”.

⁶⁵¹ LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio*, cit., p. 152.

tale da assorbire in sé, qualificandola, la tradizionale valutazione di evidenza della prova o se, sopravvivendo quest'ultimo presupposto alla novella, sia possibile un'interpretazione (parzialmente) correttiva della disposizione volta, per lo meno, a salvaguardare l'imputato esaltando il ruolo di garanzia del giudice chiamato a disporre il giudizio.

Il presupposto fondamentale del procedimento immediato tipico è rappresentato, come noto, dall'evidenza della prova⁶⁵². Esso è tale, se rettammente interpretato, da orientare la scelta del pubblico ministero in merito alla corretta forma di esercizio dell'azione penale.

Secondo una prima tesi, la formula rimanda a «una valutazione *a posteriori* sui risultati dell'indagine e una prognosi sugli sviluppi successivi»⁶⁵³ comunque tale da non gettare alcun pregiudizio sull'imputato; un concetto, dunque, neutro e giammai declinabile in una «prognosi su di un esito scontato del successivo processo»⁶⁵⁴. Dunque, più che affine alla gravità indiziaria cautelare, esso si identificherebbe in uno «*standard* valutativo del tutto analogo a quello previsto all'esito dell'udienza preliminare»⁶⁵⁵.

Si tratterebbe, infatti, di un giudizio circa la completezza e la concluzione delle indagini preliminari, nonché sulla superfluità dell'udienza preliminare in vista di un prossimo approdo al dibattimento: la pregnanza delle risultanze investigative è tale da escludere che il contraddittorio tra le parti, davanti al giudice dell'udienza preliminare, possa portare a un arresto della pretesa punitiva⁶⁵⁶. In altri termini, l'esigenza del «filtro» giurisdizionale sarebbe in questi casi attenuata dal compendio istruttorio già raccolto, in ragione della sua nitidezza e concluzione. Secondo questa tesi, che rinviene un autorevole avallo in una non recente pronuncia della Corte di cassazione resa a sezioni unite⁶⁵⁷, il presupposto in esame non implica alcun accertamento di responsabilità, ma si risolve in una deliberazione di fondatezza dell'accusa che si sorregge su un quadro probatorio che appare insuscettibile di particolari sviluppi in udienza preliminare⁶⁵⁸.

Secondo un'opposta tesi, anch'essa autorevolmente sostenuta in dottrina, il concetto generale di evidenza tenderebbe invece a una valutazione di responsabilità particolarmente pregnante e, dunque, a un giudizio di merito – pur se allo stato degli atti – che racchiuda in sé un elevato grado di probabilità di colpevolezza⁶⁵⁹. Soltanto in presenza di un *quid pluris*,

⁶⁵² Concetto che, per dottrina e giurisprudenza maggioritarie, ha una sua precisa valenza semantica che deve essere ricostruita in base alla peculiarità del giudizio immediato, senza possibilità di mutuarne il significato da altri istituti processuali (per es., gli artt. 129, 389 e 422 c.p.p.) che ne richiamano la dizione. Si v., per tutti, F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 60 e Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, in *C.E.D. Cass.*, n. 260017.

⁶⁵³ GAITO, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in *I giudizi semplificati*, a cura del medesimo, Napoli, 1989, p. 199.

⁶⁵⁴ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 61; MARAFIOTI, *Evidenza della prova e interrogatorio dell'imputato nel giudizio immediato su richiesta del p.m.*, in *I giudizi semplificati*, cit., p. 270. Più problematico, ILLUMINATI, *Il giudizio immediato*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 707.

⁶⁵⁵ Così RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 471.

⁶⁵⁶ SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.*, cit., p. 2783.

⁶⁵⁷ Cass., Sez. un., 6 dicembre 1991, Di Stefano, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1767, secondo cui «l'evidenza della prova concerne il rinvio a giudizio».

⁶⁵⁸ RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 471-472.

⁶⁵⁹ Con varie sfumature, LOZZI, *Dubbi di legittimità costituzionale in tema di giudizio immediato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1620; IACOVIELLO, *Evidenza della prova e decidibilità allo stato degli atti nella conversione del giudizio immediato in giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 685. Più di recente, ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., p. 656-657. Secondo CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012, p. 1069 il sintagma «prove evidenti» è tale da assumere «un senso definito: l'accesso al dibattimento, *sine medio*, presuppone, domande fondate sugli atti... diventa accusa, incardinando un dibattimento, solo quando sia pronosticabile la condanna... risponde al sistema postulare probabilità superiori rispetto all'accusa tipica (rinvio a giudizio)».

rispetto all'ordinario giudizio sotteso alla richiesta di rinvio a giudizio, infatti, sarebbe possibile sopprimere l'udienza preliminare, ormai ridotta a scrupolo eccessivo.

Consapevoli della natura particolarmente indeterminata del concetto di evidenza⁶⁶⁰, nonché della dimensione "relativistica" dello stesso⁶⁶¹, la seconda interpretazione appare più coerente con l'ordito sistematico. Infatti, anche la Corte costituzionale – seppure con giurisprudenza oscillante – ebbe modo di esprimersi in favore dell'opzione ermeneutica che tende ad avvicinare il concetto di «evidenza» della prova al giudizio sottostante la gravità indiziaria cautelare⁶⁶². La pretesa di ricondurre il sintagma al più ordinario paradigma sottostante al rinvio a giudizio, pur finemente sostenuta in dottrina e in giurisprudenza, si risolve in una deformazione del significato più proprio delle parole. La «fondezza» di un'accusa, robusta al punto che neppure il contraddittorio tra le parti davanti a un giudice terzo potrebbe scalfire o arrestare, non può che sottintendere un futuro giudizio di condanna giacché, se a essere fondata fosse l'innocenza dell'indagato il pubblico ministero si dovrebbe certamente orientare per l'archiviazione.

Il requisito legittimante il "nuovo" giudizio immediato è anch'esso riconducibile a una valutazione giudiziale, sebbene di differente impatto. Chiamato a valutare la classica evidenza della prova, è lo stesso giudice destinatario della richiesta di giudizio che, se ritiene di «autoeclissarsi»⁶⁶³, concede il semaforo verde all'iniziativa dell'attore. Nel nuovo istituto, viceversa, «è il provvedimento coercitivo [...] a fondare il dovere di agire "immediatamente" da parte del pubblico ministero» e, cioè, una deliberazione emessa in tutt'altra sede e da un organo terzo rispetto a chi è chiamato, in un secondo momento, a pronunciare il decreto di giudizio immediato⁶⁶⁴.

Se, di norma, le due regole di giudizio possono anche sovrapporsi, non sempre ciò avviene; la ragione si annida nella circostanza che i due criteri legali si fondano su "panieri" probatori eterogenei⁶⁶⁵.

La considerazione circa la eventuale duplicazione dei parametri – *rectius*, circa l'assorbimento dell'evidenza della prova a opera del titolo cautelare – si riflette sul vaglio che il giudice dell'azione è chiamato a compiere, ponendo all'interprete il dubbio che costui possa scrutinare anche l'evidenza della prova, pur in presenza di un subprocedimento incidentale «definito».

⁶⁶⁰ D. SIRACUSANO, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1942.

⁶⁶¹ GALANTINI, *Peculiarità e principi fondamentali nel sindacato costituzionale sulla disciplina del giudizio immediato*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 850.

⁶⁶² Corte cost., 8 giugno 1992, n. 261, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2019, secondo cui «il giudice a quo, assumendo che il decreto di giudizio immediato suppone (solo) una valutazione di superfluità dell'udienza preliminare, mostra di non intendere che la ragione dell'omissione di tale filtro sta nello stesso presupposto del giudizio immediato, costituito dall'"evidenza" della prova (art. 453 c.p.p.): la quale indiscutibilmente, comporta un giudizio di verosimile attribuibilità del fatto all'imputato, che è come tale idoneo a radicare un pericolo di "pregiudizio" suscettibile di influire sulla decisione di merito. Se così non fosse, non si comprenderebbe perché il legislatore delegante abbia ritenuto necessario sancire l'incompatibilità del giudice che abbia compiuto una valutazione siffatta a celebrare il giudizio dibattimentale». Nello stesso senso, Corte cost., 12 novembre 1991, n. 401, *ivi*, 1991, p. 3487. *Contra*, Corte cost., 22 giugno 1995, n. 276, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3226.

Come si nota, il pericolo di pregiudizio insito nel carattere evidente della prova è tale da potersi riflettere, secondo il Giudice della legge, sulla compatibilità o meno del giudice che lo ha deliberato a celebrare il giudizio; esso non sussiste, viceversa, se a condurre il dibattimento sia un giudice-persona fisica terzo rispetto al primo.

⁶⁶³ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1068.

⁶⁶⁴ Cfr., F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 175.

⁶⁶⁵ SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.*, cit., p. 2784 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 176.

Sul punto, in giurisprudenza e dottrina, si sono formati nel tempo diversi orientamenti. Secondo un primo indirizzo, il presupposto dell'evidenza probatoria non troverebbe applicazione nel caso di richiesta di giudizio immediato nei confronti dell'indagato ristretto in stato di custodia cautelare per il reato per cui il pubblico ministero intende procedere. La valutazione sottesa a questa seconda opzione accusatoria sarebbe autonoma e sganciata dai requisiti ordinari⁶⁶⁶. L'ultimazione del percorso cautelare, infatti, sfumando le differenze tra procedimento di merito e incidentale, è tale da non ledere irragionevolmente le prerogative della difesa, cui comunque sarebbe assicurata almeno una possibilità di interlocuzione con l'autorità giurisdizionale (art. 294 c.p.p.) circa il presupposto fondamentale dell'instaurazione del rito (i gravi indizi cautelari).

A tale approdo si perviene valorizzando al massimo grado l'interdipendenza tra i due procedimenti, dimodoché la verifica sull'azione sarebbe assorbita interamente dal controllo compendiato nella piattaforma cautelare⁶⁶⁷. Sicché, si conclude, il nuovo co. 1-bis dell'art. 453 c.p.p. avrebbe privato il giudice di ogni potere di controllo circa la richiesta del pubblico ministero di procedere con giudizio immediato⁶⁶⁸.

Il difetto di questa impostazione si annida, tuttavia, nell'impoverimento del sindacato giurisdizionale, ridotto a mero scrutinio formale di sussistenza dei requisiti introduttivi del rito speciale. Questa tematica, in effetti, altro non è che uno dei profili nel quale si possono declinare i rapporti di forza tra gli attori procedimentali: i costi patiti dall'imputato in termini di ridotte *chances* difensive, a fronte di un irrobustimento dell'arsenale di cui dispone il pubblico ministero⁶⁶⁹, andrebbero «bilanciati dalla previsione di più rigorosi presupposti controllabili dal giudice»⁶⁷⁰, la cui autentica funzione di garanzia, in fase di indagine, fatica altrimenti a esplicarsi a pieno.

Più convincente, allora, l'altro orientamento – di recente avallato anche dalla Corte di cassazione nella composizione più allargata⁶⁷¹ – secondo cui è più opportuno ravvisare un collegamento, una sorta di continuità tra i due modelli di giudizio immediato.

⁶⁶⁶ In questi termini Cass., sez. II, 1° luglio 2009, Moramarco, in *C.E.D. Cass.*, n. 244804; sez. VI, 20 gennaio 2011, Guarcello, in *Guida dir.*, 2011, f. 18, p. 79.

⁶⁶⁷ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 182 e VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 293.

⁶⁶⁸ Cass., sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15578, in *C.E.D. Cass.*, n. 255790.

⁶⁶⁹ D'altronde nessuno ha mai realmente dubitato che la *ratio* sostanziale, al di là di qualche vago riferimento (più che altro apodittico) alla riduzione delle tempistiche processuali per l'imputato detenuto, dell'istituto introdotto nel 2008 sia da ricondurre a un rafforzamento delle prerogative, in ottica securitaria e di esemplarità della risposta punitiva statale, dell'organo dell'accusa. Per tutti, si v. SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale"*, cit., p. 4 s.

⁶⁷⁰ Limpidamente, F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 183.

⁶⁷¹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, cit.; in *Cass. pen.*, 2015, p. 989, con note di VARRASO, *Un (primo) passo avanti delle Sezioni Unite sulla natura del termine per chiedere il giudizio immediato*, p. 1001, BOSCO, *Sezioni Unite e giudizio immediato: la "rivoluzione" sul termine e la stasi sul sindacato del giudice del dibattimento*, p. 1011 e RIVELLO, *Le Sezioni Unite chiariscono i dubbi interpretativi in tema di giudizio immediato*, p. 1518.

Inoltre, la decisione in parola riconosce che al giudice del dibattimento è precluso ogni sindacato sulla valutazione – compiuta dal g.i.p. – in ordine alla evidenza della prova, sicché deve ritenersi abnorme il provvedimento del giudice del dibattimento che, sul presupposto che il giudizio immediato sia stato instaurato al di fuori della prescritta evidenza, rimetta gli atti al p.m. In altri termini, una volta disposto il rito, il giudice del dibattimento non può sindacare la sussistenza delle condizioni necessarie all'adozione del decreto ex art. 456 c.p.p., non essendo previsto dalla disciplina processuale un controllo ulteriore rispetto a quello attribuito al giudice al momento della decisione sulla richiesta del giudizio immediato avanzato dal p.m. Cfr., Cass, sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 6989, in *C.E.D. Cass.*, n. 249463). Deve, altresì, ritenersi abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. revoca la propria pronuncia dispositiva del giudizio immediato (Cass., sez. I, 14 aprile 2004, Di Iorio, in *C.E.D. Cass.*, n. 228995; Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2000, Khalili, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2146). Del pari, non è previsto *per tabulas* neppure l'annullamento del decreto di giudizio immediato per la mancanza del predetto requisito. La fondatezza dell'assunto balza evidente ove si consideri, per un verso, che il decreto di

Svalutando la pretesa autonomia tra i due giudizi immediati – nonché la stessa tesi che mira a ricostruire i gravi indizi di colpevolezza quale forma qualificata di evidenza della prova⁶⁷² – la pronuncia si muove nell'alveo concettuale dell'incolmabile distanza che separa, da un lato, la nozione dinamica di fondatezza della *notitia criminis* e, dall'altro, quella statica circa la sussistenza dei gravi indizi cautelari. Quest'ultima, allora, non può che integrare solo un tassello del più pregnante sindacato volto a delibare l'evidenza della prova inteso quale compendio istruttorio idoneo, in presenza di indagini complete e concludenti, a evidenziare la superfluità del vaglio giurisdizionale nel contraddittorio delle parti in cui si esplica l'udienza preliminare⁶⁷³.

La continuità tra i due moduli procedimentali permette, dunque, di concludere che l'evidenza probatoria acquisisca lo *status* di requisito ulteriore, aggiuntivo e implicito per l'accesso al rito speciale ed è tale fornire una lettura "integrativa", non già "sostitutiva", delle circostanze che legittimano il diniego del giudizio immediato "custodiale"⁶⁷⁴. A tale esito negativo per la pubblica accusa il giudice dovrebbe pervenire controllando l'intero fascicolo trasmessogli con la richiesta del rito che, nel caso in esame, sarà sempre accompagnato dagli atti del subprocedimento cautelare⁶⁷⁵.

Per questa via, dunque, è certamente apprezzabile lo sforzo interpretativo di operare una razionalizzazione dell'istituto e, per il tramite, concorrere ad abbozzare la sagoma di un giudice per le indagini preliminari che, in relazione agli snodi più qualificanti il procedimento, si distacchi da forme deboli di controllo sul compendio investigativo, subalterne rispetto al vaglio operato dal magistrato inquirente.

giudizio immediato non contiene alcuna motivazione circa l'evidenza probatoria e, per altro verso, che il giudice del dibattimento non conosce gli atti depositati dal p.m. a sostegno della propria richiesta (cfr., Corte Cost. 22 dicembre 1992, n. 482, in *Cass. pen.*, 1993, p. 793; *Cass.*, sez. III, 19 marzo 1993, Colangelo, *ivi*, 1996, p. 161; *Cass.*, sez. V, 19 febbraio 1992, Fresta, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 386). Si osserva infine che – in mancanza di normativa espressa, così come delle condizioni per il suo inquadramento in taluna delle fattispecie invalidanti ex art. 178 c.p.p. – il difetto del requisito dell'evidenza probatoria non è deducibile come causa di nullità del giudizio (*Cass.*, sez. I, 1 luglio 2004, Bertocchi, in *Guida dir.*, 2004, f. 33, p. 81; *Cass.*, sez. I, 14 luglio 2000, Kallevig, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 207).

⁶⁷² Così come sostenuto invece da VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 290 s.; LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio*, cit., p. 150 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 61-62 e 176-177.

⁶⁷³ Le Sezioni Unite, quindi, ribadiscono il principio secondo cui anche nel giudizio immediato "custodiale" dell'udienza preliminare si può fare a meno a condizione che tale filtro si palesi manifestamente superfluo agli occhi del giudice chiamato a disporre il decreto ai sensi dell'art. 456 c.p.p.

In senso conforme alla pronuncia citata, si v. *Cass.*, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 17700, in *C.E.D. Cass.*, n. 263446 (la motivazione si spende sulla necessità di un controllo del g.i.p., in fase di ammissione del rito, particolarmente ampio e penetrante).

Per quanto attiene alla questione, connessa ma distinta, inerente il c.d. assorbimento della valutazione del g.i.p. prima e del tribunale del riesame poi in relazione al parametro dei gravi indizi di colpevolezza, si v. quanto già esposto *retro* (sez. II).

⁶⁷⁴ *Contra*, in tema di sindacato dell'evidenza della prova ad opera del g.i.p., ci pare VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 290 s. e 320.

⁶⁷⁵ Come non ha mancato di sottolineare attenta dottrina, RIVELLO, *Le Sezioni Unite chiariscono i dubbi*, cit., p. 1524 e BOSCO, *Sezioni Unite e giudizio immediato*, cit., p. 1014, il problema sottostante alla decisione delle Sezioni Unite si sposta, per quello che qui rileva, all'ambito della (presunta) incompatibilità del giudice: l'espandersi del vaglio discrezionale, ad opera del g.i.p., imporrebbe di riflettere più approfonditamente sull'evenienza (tutt'altro che infrequente) che il giudice chiamato a disporre il rito immediato sia lo stesso che ha già apprezzato la sussistenza della grave piattaforma indiziaria in sede di applicazione della misura cautelare personale. La circostanza che lo stesso g.i.p. sia chiamato a due valutazioni di merito – prima in fase cautelare e poi, sui risultati di quella, in fase di rinvio a giudizio – è di per sé in grado di porre problemi di compatibilità costituzionale dell'art. 34, co. 2-bis c.p.p. nella parte in cui continua a escludere rilievo all'ipotesi *de quo*. Non inutile sottolineare che, viceversa, aderendo all'opzione più sopra riassunta, circa un controllo solo formalistico da parte del g.i.p. sulla richiesta di giudizio immediato, i dubbi di legittimità costituzionale *sub specie* di incompatibilità verrebbero a ridimensionarsi grandemente.

4. (segue) b) *Le scansioni temporali e la stabilizzazione del titolo cautelare; la clausola di salvezza che riepande la discrezionalità dell'attore.*

Per l'attivazione del rito speciale è altresì necessario che siano rispettati due limiti temporali. L'esigenza di celerità sottesa al giudizio immediato, infatti, perderebbe di consistenza laddove l'incedere dell'azione non fosse adeguatamente disciplinato dal punto di vista cronologico.

Il primo termine, rappresentante il *dies a quo*, riveste certamente natura dilatoria. Esso impone che la richiesta sia formulata, ai sensi dell'art. 453, co. 1-ter c.p.p., «dopo la definizione del procedimento di cui all'art. 309 c.p.p.». La scelta lessicale è ambigua e lascia pensare che esso riguardi tutti i termini ivi stabiliti e relativi alla legittimazione a proporre riesame tanto dell'imputato personalmente quanto del suo difensore⁶⁷⁶.

Tuttavia, l'ambiguità della locuzione si apprezza oltremodo ove si ragioni sulla circostanza che, a rigore, il procedimento di cui all'art. 309 c.p.p. può considerarsi definito soltanto a seguito della formazione del giudicato cautelare che, come noto, postula la pronuncia della Corte di cassazione ex art. 311 c.p.p., che definitivamente si pronunci circa la legittimità del provvedimento custodiale; ovvero, addirittura, secondo un'interpretazione ulteriormente restrittiva, si dovrebbe attendere anche la definizione dell'eventuale giudizio di rinvio⁶⁷⁷.

In dottrina si è sottolineato che, benché le decisioni maturate in ambito cautelare siano di per sé sempre destinate a «rimanere provvisorie»⁶⁷⁸, soltanto il compiuto *iter* così descritto sarebbe tale da garantire circa la sussistenza dei gravi indizi cautelari e, dunque, assorbire la valutazione di superfluità dell'udienza preliminare non ledendo oltremodo l'imputato.

In effetti, ragionare in questi termini permetterebbe – oltre a scongiurare evidenti distonie sistematiche con l'istituto del giudicato cautelare⁶⁷⁹ – di escludere che la sola sottoposizione a custodia cautelare sia sufficiente a fungere da presupposto di accesso al rito, occorrendo, in un'ottica *pro reo*, la “definitività” dell'accertamento in materia ovvero l'acquiescenza dell'indagato che ne avalla gli approdi⁶⁸⁰.

Non v'è chi non veda, tuttavia, come l'opzione indicata comporterebbe, di necessità, una cospicua dilatazione temporale, del tutto incongrua rispetto alle esigenze di celerità impresse dal legislatore al rito speciale⁶⁸¹. Pur nella consapevolezza della fisiologica instabilità del titolo cautelare⁶⁸², dunque, coniugare il promovimento dell'azione penale al completo

⁶⁷⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato*, cit., p. 80.

⁶⁷⁷ RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 477; VARRASO, *Il “doppio binario” del giudizio immediato*, cit., p. 183 che interpreta la locuzione «definizione» quale sinonimo di «definitività»; in giurisprudenza, espressione di un orientamento minoritario, Cass., sez. III, 11 marzo 2010, G.X., in *C.E.D. Cass.*, n. 246610 e sez. II, 1° luglio 2009, Moramarco, cit.

⁶⁷⁸ IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2195.

⁶⁷⁹ Cfr., VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 306.

⁶⁸⁰ INSOM, *Giudizio immediato cautelare e vicende de libertate*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 89 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 156.

⁶⁸¹ Nettamente maggioritario, infatti, è l'indirizzo giurisprudenziale opposto. Si v. Cass., sez. II, 15 giugno 2012, Prezio, in *C.E.D. Cass.*, n. 253986; sez. II, 6 aprile, 2011, Caputo, *ivi*, n. 250078. Quest'ultima sentenza, in particolare, si segnala per l'aver sottolineato che la tesi minoritaria avrebbe avuto maggiore coerenza sistematica soltanto in costanza di vigenza dell'art. 405, co. 1-bis c.p.p., perché soltanto in questo modo l'attesa definitività della vicenda cautelare sarebbe stata non soltanto opportuna, bensì doverosa in quanto la pronuncia della Corte di cassazione avrebbe addirittura condizionato la stessa esperibilità dell'azione penale.

⁶⁸² VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 301.

esaurimento della vicenda incidentale determinerebbe una stasi difficilmente compatibile con la connotazione efficientistica del rito⁶⁸³, a tacere oltretutto della inevitabile contraddizione con il secondo termine, *ad quem*, stabilito dall'art. 453, co. 1-bis c.p.p. La tesi attualmente minoritaria porterebbe con sé, in ultima analisi, il rischio ulteriore dell'irragionevole disparità di trattamento tra imputati *in vinculis*, in ragione di eventi del tutto indipendenti dal loro procedimento, quali la trattazione tempestiva o tardiva del ricorso e, eventualmente, della fase rescissoria⁶⁸⁴.

L'art. 453, co. 1-bis c.p.p., tuttavia, fa riferimento a un'ulteriore condizione in presenza della quale il titolo cautelare è reputato stabilizzato a sufficienza da giustificare l'inesco dell'azione penale. Si tratta, come noto, del «decorso dei termini per la proposizione della richiesta di riesame» da parte del prevenuto⁶⁸⁵.

Desta però non poche perplessità la decisione legislativa di agganciare l'azionabilità del rito alla mancata proposizione dell'istanza di riesame da parte della difesa⁶⁸⁶. Si tratta, è evidente, di un'ipotesi del tutto eterogenea rispetto alla consolidata giurisprudenza in tema di giudicato cautelare⁶⁸⁷. In quell'ambito, infatti, costituisce approdo ormai pacifico che la mancata impugnazione dell'ordinanza impositiva della misura cautelare escluda la formazione del giudicato e ciò per l'ovvia ragione secondo cui, pur implementato delle garanzie ormai note, il titolo cautelare genetico non è stato preceduto da alcun contraddittorio con l'interessato. In assenza di impugnazione, dunque, l'ordinanza coercitiva è sì un titolo avente natura giurisdizionale, ma rimane fondato sulla sola base delle argomentazioni della controparte ed è connotato da una attendibilità cognitiva piuttosto limitata.

Oltretutto, l'interlocuzione con l'imputato avviene con le sole, limitate modalità dell'art. 294 c.p.p., con sfalsamento delle prospettive defensionali rispetto a quanto garantito, viceversa, dall'art. 375, co. 3 c.p.p.

Il secondo termine, viceversa, è definito dal legislatore in maniera più puntuale, ma con formulazione solo apparentemente perentoria⁶⁸⁸. Si tratta, come è noto, di una finestra temporale assai consistente, pari a centottanta giorni dal giorno dall'esecuzione della misura cautelare, che lascia trasparire nitidamente la reale intenzione legislativa: eludere l'udienza

⁶⁸³ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 157 e SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.*, cit., p. 2782.

⁶⁸⁴ MARZO, *La mutazione genetica del giudizio immediato e il senso del catalogo dei presupposti*, in *Arch. pen.*, 2011, spende a pag. 63 un'ulteriore considerazione che però non riteniamo corretta. L'A., infatti, ravvisa profili di irragionevole disparità di trattamento anche nel garantire all'imputato ristretto un ulteriore controllo, oltre al vaglio del giudice cautelare e dal tribunale della libertà, rispetto all'imputato libero, il quale, viceversa, si dovrebbe accontentare di un'evidenza della prova delibata soltanto dal p.m. e dal g.i.p., senza altre possibilità di doglianza a un giudice *ad quem*.

In realtà, è il presupposto stesso del ragionamento a non convincere appieno. Per ravvisare un'irragionevole disparità di trattamento tra situazioni identiche occorre infatti, in via prioritaria, individuare fattispecie realmente analoghe da porre a confronto. Non sembra a chi scrive che la condizione dell'imputato che attenda il giudizio libero sia identica a quella di chi viene tratto a giudizio *in vinculis*. Anzi, attendere il giudizio in carcere è di per sé condizione afflittiva tale da legittimare maggiori controlli rispetto alla situazione, meno allarmante nonché fisiologica, di chi aspetta il giudizio non ristretto nella libertà personale.

⁶⁸⁵ In ciò mutuando del tutto le scelte già fatte proprie dalla Commissione Riccio, alla direttiva n. 82.4.

⁶⁸⁶ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 306-307; F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 159.

⁶⁸⁷ RUGGERI, voce *Giudicato cautelare*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 432.

⁶⁸⁸ *Relazione al d.d.l. AS 692 di conversione del d.l. 23 maggio 2008, n. 92*, in *Atti parlamentari, XVI legislatura*, AS 692 tuttavia, definiva il termine *de quo* meramente «sollecitatorio». Cfr., LORUSSO-RICCI, *Le novità del "pacchetto-sicurezza" (seconda parte). I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1489 parlano di «virtuale doverosità del rito» in conseguenza alla mancata predisposizione di una sanzione processuale per il caso di inosservanza del termine in esame.

preliminare, senza parimenti comprimere la fase delle indagini preliminari e, anzi, garantendo a essa un maggiore agio per quanto attiene ai termini di custodia cautelare⁶⁸⁹.

Sotto questo aspetto, il legislatore ha dunque operato una profonda innovazione rispetto all'archetipo tipico del giudizio immediato. Scomparso ogni riferimento all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro e svincolata l'attività dell'inquirente dagli adempimenti di cui all'art. 335 c.p.p.⁶⁹⁰, il *dies ad quem* per l'attivazione del rito è rimesso integralmente dapprima al pubblico ministero richiedente la cautela, quindi al giudice per le indagini preliminari – che, come noto, nell'emettere l'ordinanza non è sottoposto ad alcun termine, neppure ordinatorio⁶⁹¹ – e, infine, nuovamente al pubblico ministero che ne deve curare l'esecuzione.

Per questa via si assiste allo sgretolamento dello stretto collegamento tra *notitia criminis*, indagini e giudizio⁶⁹², ancora ben saldo ed evidente nelle trame dell'art. 453, co. 1 c.p.p. nel cui ambito, anzi, gli interpreti sono consapevoli della stretta interrelazione e implicazione vicendevole tra evidenza della prova e tempistiche della richiesta⁶⁹³.

Tale opzione, invece, si caratterizza per l'implicita ammissione che le indagini preliminari, nonostante il conseguimento di una solidità tale da giustificare la restrizione cautelare dell'indagato, potrebbero non essere ancora qualificate da quella completezza e concludenza necessarie a sorreggere l'esercizio dell'azione⁶⁹⁴.

In realtà, se solo si pone attenzione alla circostanza per cui l'ancoraggio del termine alla decorrenza dall'esecuzione introduca un elemento di notevole discrezionalità per l'inquirente, in controtendenza rispetto alle tradizionali scelte maturate per il giudizio immediato tipico, le perplessità aumentano; e queste crescono ulteriormente se si considera che, nei fatti, l'estensione temporale in esame può addirittura protrarsi oltre il limite estremo di durata delle indagini preliminari⁶⁹⁵. Il che, è evidente, pone seri dubbi in merito all'aporia sistematica che si verrebbe a determinare rispetto all'art. 407 c.p.p.⁶⁹⁶.

La ricostruzione delle coordinate sistematiche è tuttavia resa meno agevole per via della sussistenza di opposte forze, mal conciliabili tra loro. Come noto, l'estensione delle indagini preliminari rappresenta la «misura temporale del potere investigativo, non già del potere di azione» del pubblico ministero⁶⁹⁷ ed egli è consapevole che, a tale fine, l'art. 407, co. 3 c.p.p. funge da barriera all'utilizzabilità di risultati investigativi conseguiti tardivamente.

Due aspetti appaiono, allora, difficilmente controvertibili. Per un verso, le indagini prodromiche alla richiesta di cui all'art. 453, co. 1-bis c.p.p. in nulla divergono, fisiologicamente, da quelle ordinarie in ciò confermando che la novella ha inteso incidere

⁶⁸⁹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato*, cit., p. 81-82. È noto, infatti, che amputata la fase davanti al g.u.p., i termini di cui all'art. 303, co. 1 lett. a) c.p.p. andranno a coprire interamente la sola attività investigativa.

⁶⁹⁰ Cfr., VARRASO, *Un (primo) passo avanti delle Sezioni Unite*, cit., p. 1007. Adempimenti che, tuttavia, sappiamo già essere scarsamente controllabili dal g.i.p.

Non è inutile ricordare che la direttiva n. 82.3 della Bozza Riccio prevedeva, a tal fine, il termine di novanta giorni (peraltro, senza precisarne il *dies a quo*).

⁶⁹¹ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., p. 662.

⁶⁹² F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 162.

⁶⁹³ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 87; GAITO, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, cit., p. 200 secondo cui, addirittura, sussiste «una sorta di non evidenza della prova ogni qualvolta il p.m. non riesca a concludere le indagini nel termine di novanta giorni».

⁶⁹⁴ SPAGNOLO, *Sulla natura del termine di presentazione della richiesta di giudizio immediato per imputati in custodia cautelare. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1351 e, più di recente, F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 163.

⁶⁹⁵ Cfr. SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.*, cit., p. 2786.

⁶⁹⁶ VARRASO, *Il "doppio binario" del giudizio immediato*, cit., p. 185.

⁶⁹⁷ GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2^a ed., Torino, 1994, p. 50-51.

soltanto sull' (ablazione dell') udienza preliminare e sulla durata della custodia cautelare in fase pre-processuale; per l'altro, l'esercizio dell'azione con simili modalità si riferisce anche, e forse soprattutto, a fattispecie complesse nei cui confronti è palpabile la consapevolezza del legislatore di dovere garantire al pubblico ministero un arsenale di strumenti quanto mai ampio e sfaccettato al fine di perseguire l'obiettivo della completezza investigativa⁶⁹⁸.

La circostanza, tuttavia, che la richiesta di giudizio immediato possa giungere «all'esito di un'attività investigativa sostanzialmente completa»⁶⁹⁹ non si concilia né, da un lato, con la tradizionale accezione di immediatezza, intesa quale relativa prossimità temporale tra il fatto di reato e la celebrazione del giudizio, ma neppure, dall'altro, con la disciplina della durata delle indagini preliminari.

Che senso ha, infatti, garantire alla pubblica accusa un lasso temporale così ampio anche nei casi in cui l'investigazione abbia raggiunto, o sia prossima a raggiungere, l'estensione massima legalmente prevista (comprensiva di proroghe)? Appare ovvio che, per lo meno in questi casi, la giustificazione della necessaria completezza delle indagini mostri tutta la propria pretestuosità.

L'istituto, in altre parole, disvela l'esigenza di garantire al pubblico ministero un'«ampia (ed insindacabile) discrezionalità» sul piano dell'*an* e del *quando* della scelta del rito⁷⁰⁰ e, necessità non meno pressante, una corsia privilegiata per la trattazione di quei procedimenti in cui maggiore è il rischio di inopportune scarcerazioni per decorrenza dei termini di custodia cautelare in fase investigativa⁷⁰¹.

Infine, la diatriba tra natura perentoria ovvero ordinatoria del termine indicato è attualmente stata risolta in maniera definitiva. A fronte dell'opzione interpretativa affacciata all'indomani dell'entrata in vigore dell'istituto, volta a “sdoppiare” la natura dello stesso nel senso che vi si riconosceva carattere perentorio per il completamento delle indagini e ordinatorio in relazione al promovimento dell'azione⁷⁰², si è contrapposta una chiave di lettura più aggiornata e rigorosa volta a riconoscere la natura non soltanto unitaria del termine, bensì specificatamente perentoria⁷⁰³. Il termine, dunque, inizia a decorrere dall'esecuzione della misura ed entro tale finestra di centottanta giorni il pubblico ministero è tenuto, inderogabilmente, non soltanto a deliberare le *chances* di attivazione del rito speciale “custodiale”, quanto materialmente a presentare la relativa istanza.

⁶⁹⁸ Cfr. VARRASO, *Il “doppio binario” del giudizio immediato*, cit., p. 186.

⁶⁹⁹ LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio*, cit., p. 153 e VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 283.

⁷⁰⁰ RENON, *Obbligatorio ma non troppo... Questioni vecchie e nuove in tema di giudizio immediato “custodiale”*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 novembre 2011, p. 11; *contra*, SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato “custodiale”*, cit., p. 5 che vede nell'istituto in esame un esempio di *soft law* volta a «vincolare l'ufficio inquirente ad attivare percorsi accelerati per la definizione degli affari di giustizia che siano provvisti di determinate connotazioni e requisiti». Della stessa idea, GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, p. 4 secondo cui si assisterebbe al «tendenziale ridimensionamento delle scelte e dell'autonomia decisoria del p.m.».

Con riguardo alle tempistiche del giudizio, invece, lo stesso SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato “custodiale”*, cit., p. 5 concorda nel ritenere che sia «eccessivamente ampio» e mostra di considerarlo «il germe che ne avrebbe favorito la degenerazione nella prassi applicativa».

⁷⁰¹ LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio*, cit., p. 155; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato*, cit., p. 82; SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.*, cit., p. 2786 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 164.

⁷⁰² Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009, Amato, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1349 e sez. I, 4 ottobre 2012, Boiuchou, in *Giur. it.*, 2013, p. 1403. In dottrina, per una disamina completa si v. VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 295 e 309-310.

⁷⁰³ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Squicciarino, cit., p. 996.

È pur vero che, per tale via, la giurisprudenza ha – per lo meno – operato in chiave di riduzione del danno, contemporaneamente ponendo i presupposti per un «ritorno alla legalità interpretativa»⁷⁰⁴, tuttavia non v'è chi non veda che è la stessa scelta legislativa di riconnettere i tempi dell'azione a quelli dell'esecuzione della misura a favorire l'amplificazione abnorme della durata del procedimento nel suo complesso, in ciò neutralizzando uno dei tratti qualificanti il nuovo istituto⁷⁰⁵.

Sminuito l'afflato efficientistico di un'effettiva *vocatio in iudicium* celere, il processo riservato all'imputato detenuto viene allora a qualificarsi soltanto per la mera, brutale soppressione di un segmento processuale in nome di una malcelata esemplarità della risposta giudiziaria⁷⁰⁶.

L'ultimo requisito legalmente previsto per l'instaurazione del rito speciale, questa volta a connotazione negativa, attiene al rischio che le modalità contratte ivi previste possano pregiudicare gravemente le indagini. Tale da fondare, verosimilmente, una corrispondente ipotesi di restituzione degli atti al pubblico ministero da parte del garante giurisdizionale⁷⁰⁷, la deroga è comune anche all'ipotesi di giudizio immediato tipico. L'ottica legislativa si coglie appieno tenendo conto della coeva modifica dell'art. 453, co. 1 c.p.p.: dall'originario «può chiedere» si è passati all'indicativo c.d. precettivo «chiede». Salvo, appunto, il pregiudizio investigativo apprezzabile in termini di gravità.

In disparte le considerazioni sull'accresciuta discrezionalità del pubblico ministero, ben oltre l'intenzione legislativa⁷⁰⁸, la clausola è stata letta come la cristallizzazione del principio di completezza delle indagini. Nonostante la meridiana evidenza della prova o la stabilizzazione del titolo cautelare, l'inquirente ha mantenuto – anzi, ampliato – una zona grigia di valutazione, riservatagli e insindacabile, circa la necessità di ulteriori approfondimenti istruttori.

Introdotta al fine di scongiurare eccessivi rigorismi, la clausola in esame – presente tanto nel co. 1 quanto nel co. 1-*bis* dell'art. 453 c.p.p. – concorre a qualificare l'intervento novellistico in termini squisitamente propagandistici, tale da indurre un mutamento degli equilibri processuali più fittizio che reale⁷⁰⁹. Ciò in quanto l'insorgenza dell'obbligo di agire con le forme contratte è rimessa, dapprima e innanzitutto, a una valutazione – circa l'assenza di grave pregiudizio per le indagini – dello stesso soggetto la cui attività si pretendeva di rendere obbligatoria.

Nonostante i requisiti del giudizio immediato “custodiale” appaiano, rispetto all'omologo tipico, dotati di maggiore automatismo, va rammentato che l'insorgenza dell'obbligo è filtrata ugualmente da opzioni rimesse al discrezionale apprezzamento del pubblico ministero: dalla scelta di richiedere una misura cautelare, al mantenere inalterato il nucleo storico-giuridico degli addebiti, sino alla valutazione circa la non completezza delle indagini fino a lì condotte. Rimane fermo che, qualora sciolga questi momenti di dubbio nel senso della necessità del giudizio immediato, il giudice per le indagini preliminari potrebbe stopparne l'incedere accelerato; nel caso contrario, viceversa, nessun organo terzo potrebbe

⁷⁰⁴ RIVELLO, *Le Sezioni Unite chiariscono i dubbi*, cit., p. 1521.

⁷⁰⁵ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 163 e RENON, *Obbligatorio ma non troppo...*, cit., p. 12.

⁷⁰⁶ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 164.

⁷⁰⁷ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 320.

⁷⁰⁸ Coglie l'eterogenesi dei fini ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., p. 657.

⁷⁰⁹ Così VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 329.

richiamare l'investigatore al rispetto dell'obbligo sancito legalmente di procedere con queste modalità⁷¹⁰.

Al di là della scarsa effettività, la clausola in esame costituisce comunque parametro legale di valutazione circa la corretta instaurazione o meno del rito nelle forme semplificate e come tale va scandagliata. La difficoltà di afferrare il significato della formula legale è acuito dalla coesistenza, al co. 2 dell'art. 453 c.p.p., di un'altra "via di fuga": per il caso di connessione con altri reati per i quali non sussistono le condizioni per procedere con immediatezza, il pubblico ministero è tenuto a procedere «separatamente per gli altri» reati e imputati, «salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini».

Si coglie, in materia, un altro punto di emersione del *favor separationis* a cui è ispirato il codice vigente. Il pubblico ministero è qui chiamato a comparare i vantaggi offerti dalla celebrazione di un giudizio unitario con le forme contratte con gli svantaggi, in termini di efficacia investigativa, derivanti dalla suddivisione del fascicolo in plurimi *sub* procedimenti. Il danno maggiore, in realtà, è collegato ai riflessi negativi in tema di *discovery* che la scelta del giudizio immediato riverserebbe sugli altri processi rispetto ai quali i presupposti del rito speciale ancora non sussistono⁷¹¹.

La lettura più piana del combinato disposto è dunque tale da ricollegare il grave pregiudizio investigativo al solo reato per il quale sussiste il presupposto per la richiesta di giudizio immediato, pena la sostanziale abrogazione implicita del co. 2 cit.⁷¹². L'opzione alternativa muove, viceversa, proprio dalla necessità di evitare che la nuova formula costituisca un pleonismo rispetto a quanto cristallizzato dall'art. 453, co. 2 c.p.p. e, a tal fine, l'unica opzione per conferire distinto ambito applicativo alle due fattispecie sarebbe quello di estendere l'ombrello del grave pregiudizio anche alle ipotesi di collegamento investigativo *ex art. 370, co. 2, lett. b) c.p.p.* altrimenti prive di adeguata considerazione e tutela⁷¹³.

In realtà, dal punto di vista pratico, il problema tende a sgonfiarsi. Per quanto riguarda il giudizio immediato tipico, è la stessa nozione di evidenza della prova – comunque intesa – a rendere arduo ipotizzare la realizzabilità della grave lesione alle esigenze investigative stigmatizzata dall'inciso. L'evidenza non può che presupporre indagini complete, nella misura in cui le stesse devono esserlo al termine dell'udienza preliminare. Per questa via, allora, si sospinge la clausola di salvezza verso un'accezione riguardante altri reati, cioè distinti da quello per cui la prova è evidente e ulteriori rispetto a quelli considerati dall'art. 453, co. 2 c.p.p. (per esempio, i reati *ex art. 371, co. 2, lett. b) c.p.p.*)⁷¹⁴.

Non apparentemente replicabile questo ragionamento rispetto alla distinta fattispecie di giudizio immediato "custodiale". La sussistenza del *fumus commissi delicti*, per un verso, è tale da non implicare automaticamente una piattaforma investigativa ancora completa – la stessa ipotesi di cui all'art. 274, lett. *a* c.p.p. costituisce esempio positivo della «coesistenza di gravità indiziaria ed esigenze di completare le indagini»⁷¹⁵ – tuttavia, per un altro, il meccanismo del giudizio "custodiale" dovrebbe non potersi coniugare con il rischio di

⁷¹⁰ Segnala l'assenza di conseguenze apprezzabili sul piano concreto, alla decisione del p.m. di non ottemperare all'obbligo di chiedere il giudizio immediato custodiale pur sussistendone tutti i presupposti di legge, VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 330.

⁷¹¹ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 99.

⁷¹² VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 332.

⁷¹³ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 332 e F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 100.

⁷¹⁴ Correttamente, ancora, VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 333; F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 100 e DI BUGNO, *Sub art. 2, Commento articolo per articolo l. 24 luglio 2008, n. 125*, in *Legisl. pen.*, 2009, p. 154.

⁷¹⁵ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 334.

indagini incomplete. Ciò in ragione del lasso temporale che può separare l'esecuzione della cautela dall'esercizio dell'azione con queste modalità: non pare ragionevole che un pubblico ministero, dopo centottanta giorni dal conseguimento di una piattaforma indiziaria che gli ha permesso di valutare la probabile colpevolezza dell'indagato, possa ancora addurre legittime esigenze di completamento delle indagini⁷¹⁶.

A ritenere diversamente, infatti, si dovrebbe tollerare un margine di manovra eccessivamente ampio dell'inquirente, la cui «discrezionalità incontrollata sfocia nell'arbitrio»⁷¹⁷.

5. *L'equivalenza "gravi indizi cautelari = superfluità dell'udienza preliminare". Profili di latente incostituzionalità.*

A dispetto di una formulazione letterale in apparenza piana, l'autentico presupposto del rito speciale è la permanenza in essere della piattaforma gravemente indiziante, più che l'attualità dello *status* detentivo dell'indagato⁷¹⁸. In realtà, questo secondo aspetto è condizionante soltanto la (legittimità della) richiesta del pubblico ministero ma si stempera, sino all'evanescenza, laddove ci si preoccupi di individuare i requisiti che, soli, il giudice è chiamato a vagliare per l'emissione del decreto di giudizio immediato.

Il problema che un tale disallineamento pone è ravvisabile nel rischio di palesi contraddizioni nell'*iter* che scandisce il ritmo della progressione dalla fase procedimentale a quella processuale, prodromico a irragionevoli disparità di trattamento tra situazioni omogenee.

Quando l'art. 455, co. 1-*bis* c.p.p. afferma che «il giudice rigetta la richiesta se l'ordinanza che dispone la custodia cautelare è stata revocata o annullata per sopravvenuta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza», individua il fulcro dell'accertamento giurisdizionale in un parametro non privo di sfasature (anche cronologiche) rispetto a quanto cristallizzato poco prima, nell'art. 453, co. 1-*bis* c.p.p., e cioè la permanenza *in vinculis* dell'indagato.

A differenza del vaglio sotteso al rito immediato tipico, il giudice per le indagini preliminari è qui chiamato a prestare (soltanto parziale) attenzione a eventuali mutamenti accorsi al titolo custodiale successivamente alla presentazione della richiesta del pubblico ministero⁷¹⁹. Una volta che abbia accertato il fondamentale presupposto di attivazione del rito, derivante dalla combinazione dei due noti fattori – l'esecuzione di una misura custodiale, con procedimento definito, e la permanenza dei gravi indizi di colpevolezza sino

⁷¹⁶ In queste circostanze, coglie il vero quella dottrina che ammonisce circa la natura di «elemento in bianco dello schema legale» e, come tale, esposto a essere manipolato con eccessiva disinvoltura, BARGI, *Durata delle indagini e tempi imposti per l'instaurazione del giudizio*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 56.

Contra, TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1396 che sembra ricondurre la scarsa praticabilità operativa dell'istituto a problemi di connessione oggettiva e soggettiva del reato per cui si dovrebbe procedere con rito immediato.

⁷¹⁷ ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura*, cit., p. 12. Discrezionalità che, tuttavia, la stessa giurisprudenza non esita a riconoscere, sino ai limiti del penalmente rilevante. Si v., a titolo di esempio, Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 437 s. e, più recentemente, Sez. un. civ., 7 marzo 2017, n. 10793, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2017.

⁷¹⁸ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 169.

⁷¹⁹ È vero che il g.i.p. è chiamato a provvedere «entro cinque giorni» dalla richiesta, finestra temporale che non lascia ampio margine a cambiamenti della vicenda cautelare, ma il termine ha pacificamente natura ordinatoria. Cfr., SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 172 e VARRASO, *Il "doppio binario" del giudizio immediato*, cit., p. 190.

alla pronuncia del giudice – questi sembrerebbe vincolato a disporre l’accesso immediato al dibattimento, senza possibilità di effettuare altra valutazione⁷²⁰.

Così ricostruito, il modello è apparso – agli occhi di certa dottrina – un istituto che «coniuga e sovrappone elementi eterogenei quali l’atto di esercizio dell’azione penale e l’esercizio del potere coercitivo» in modo da consentire il «superamento dei termini di custodia, così da trovare nella prassi una frequente applicazione»⁷²¹.

La censura coglie il vero, secondo chi scrive, solo parzialmente. Il vaglio del giudice, in realtà, è più complesso e poliedrico rispetto a quanto paventato. Tutt’altro che vincolato, passivamente, a valutazioni compiute in altra sede, il giudice ha il potere – muovendosi nell’ambito dei poteri officiosi riconosciutigli dall’art. 299, co. 3 c.p.p. – di scrutinare, *motu proprio*, l’attualità del compendio probatorio rispetto al momento di emersione del titolo cautelare, potendo spingersi sino alla revoca dello stesso per sopravvenuto difetto dei gravi indizi di colpevolezza⁷²².

In altri termini, il giudice è nella condizione – astratta, giacché chi scrive ritiene che in concreto un simile margine di operatività sia alquanto ridotto – di preconstituire *ex se* la condizione per il rigetto della richiesta del pubblico ministero⁷²³. In realtà, a parte la debole obiezione, che sembrerebbe emergere dallo stesso comma 3 dell’art. 299 c.p.p., circa la tassatività dei casi di attivazione dei poteri officiosi del giudice della cautela⁷²⁴, il problema è essenzialmente di ordine pratico.

Per i motivi ormai ben noti, il giudice per le indagini preliminari non è il soggetto più idoneo a intervenire con la descritta ricchezza di contenuti. A parte l’assenza di strumenti per acquisire elementi da spendere ai fini di una rivalutazione circa la “tenuta” del titolo cautelare, egli è spesso a conoscenza di quanto una sola parte gli permette di osservare. La possibilità, per la difesa, di introdurre diversi elementi, favorevoli al proprio assistito ai sensi degli artt. 327-bis e 391-octies c.p.p., così da riequilibrare il *gap* cognitivo cui fisiologicamente è esposto il giudice, è – oltretutto una rarità, nelle aule di tribunale – operazione tecnicamente non agevole: è infatti rimessa alla capacità del difensore di «intercettare l’*an* e il *quando* della relativa iniziativa processuale [segreta, ndr.] da parte dell’organo pubblico d’accusa»⁷²⁵.

Lo stesso oggetto del sindacato – la persistenza della gravità indiziaria in ordine al reato legittimante la custodia cautelare in carcere e non già la più semplice condizione di cattività

⁷²⁰ MARZO, *I giudizi immediati*, Padova, 2012, p. 103 e BARAZZETTA-CORBETTA, *Modifiche a disposizioni del c.p.p.*, in “Decreto sicurezza”: tutte le novità, Milano, 2008, p. 127.

⁷²¹ AMODIO-GALANTINI, *Sull’illegittimità costituzionale*, cit., p. 1. Sulla frequente applicazione pratica, si v. CLAUDIANI-MESSERI, *Il giudizio immediato*, Milano, 2012, p. 42.

⁷²² Critica tuttavia quest’ipotesi, condivisibile soltanto in premessa ma contorta nel percorso seguito e dall’esito ritenuto discutibile, RENON, *Obbligatorio ma non troppo...*, cit., p. 10.

⁷²³ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 171. Si noti, per inciso, che la sostituzione *in melius* della misura cautelare o la revoca per il difetto – originario o sopravvenuto – di *altro* requisito, diverso da quello di cui all’art. 273 c.p.p., non sarebbe tale da incidere sull’ammissibilità del rito speciale.

⁷²⁴ La *ratio* del co. 3 dell’art. 299 c.p.p., non aggiornato alla novella del 2008, è infatti quella di consentire un ampliamento dei poteri del g.i.p. in ottica dichiaratamente *pro reo*, ogni qualvolta egli sia già investito del procedimento per altra questione e sia, dunque, a conoscenza dell’intero fascicolo delle indagini. Queste condizioni rendono, di per sé, idonea ad accomunarvi la situazione in cui il giudice si trova nel momento in cui sia chiamato a deliberare l’accesso al rito immediato custodiale. Cfr. F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 171. Secondo VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 323-325, una interpretazione differente, che tenesse ferma la lettera dell’art. 299, co. 3 c.p.p., sarebbe difficilmente compatibile con l’art. 13 Cost. (e forse, è da aggiungere, anche con l’art. 3 Cost.) per l’evidente irragionevole disparità di trattamento e le abnormi conseguenze sulla libertà personale dell’imputato.

⁷²⁵ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 172.

dell'imputato – è tale da rendere affatto agevoli i margini di movimento dell'organo giurisdizionale.

Senza possibilità di incidere sul compendio probatorio, eventualmente ingrossatosi in un arco temporale pari fino a due anni, la nuova valutazione difficilmente potrà discostarsi da quanto già affermato dal giudice della cautela (spesso, si tratta dello stesso giudice-persona fisica) ed eventualmente confermato dal Tribunale della libertà o persino dalla Corte di cassazione *sub specie*, per esempio, di corretta qualificazione giuridica del fatto, di attendibilità e credibilità di una persona informata sui fatti o di rilevanza o meno di un'intercettazione telefonica.

Il sindacato giurisdizionale, viceversa, recupera piena vitalità in relazione agli altri presupposti legittimanti la permanenza in custodia cautelare dell'indagato: esigenze cautelari, proporzionalità e adeguatezza della misura si prestano molto di più, non fosse altro che per una questione di decorso del tempo, a una rivalutazione *in fieri* (anche a opera della stessa persona fisica)⁷²⁶.

Ecco che, allora, l'itinerario tracciato è tale da aprire la porta al pericolo – tutt'altro che ipotetico, in questo caso – di legittimare soluzioni fortemente sperequate⁷²⁷, laddove l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza emerga o si cristallizzi – mediante un provvedimento di revoca o di annullamento – soltanto dopo l'accoglimento della richiesta di rito immediato⁷²⁸. Il non perfetto allineamento tra presupposti contiene dunque in sé il germe dell'imperfezione: il titolo cautelare può rimanere in vigore sino alla decisione del giudice sull'instaurazione del rito accelerato, ma crollare il giorno successivo (inalterata la piattaforma gravemente indiziaria). Con il che si giunge al paradosso di un istituto coniato allo scopo di garantire l'approdo celere al giudizio per imputati ristretti, senza però essere certi che la misura cautelare sia tuttora in essere.

Ciò è tanto più vero se si tiene a mente che l'adozione del decreto di giudizio immediato può seguire la sola pronuncia del tribunale della libertà e non, come notato, l'esito del giudizio di legittimità. In questa circostanza, l'(inopinata, ma legittima) attivazione del rito speciale a seguito della definizione del giudizio *ex art.* 309 c.p.p., seppur anticipatamente alla pronuncia di annullamento della Corte di cassazione, non è fronteggiabile né rimediabile in alcun modo e il sacrificio dell'udienza preliminare, ormai definitivo.

Ciò che tuttavia distingue questa situazione da altre consimili – al punto che taluno ha addirittura sostenuto che «ogni rito semplificato è basato su di una situazione esistente allo stato degli atti; ove successivamente alla instaurazione del rito la situazione muti, la disuguaglianza è inevitabile, anzi è fisiologica»⁷²⁹ – è la casualità dell'affievolirsi dei gravi indizi cautelari, requisito sommamente valutativo ed esposto a facili manipolazioni, in un momento piuttosto che in altro. Simile conclusione si desume dalla circostanza che la legge

⁷²⁶ Cfr. VARRASO, *Il "doppio binario" del giudizio immediato*, cit., p. 183.

⁷²⁷ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., p. 663; CONTI, *La preclusione*, cit., p. 399-400.

⁷²⁸ Un'altra singolarità del rito attiene alla sua non applicabilità al latitante. A un primo sguardo, infatti, stona che il giudizio immediato c.d. "custodiale" non operi nei confronti dell'imputato latitante. Difatti, giacché tutto dipende dal momento in cui la custodia viene eseguita, egli viene "gratificato" dell'udienza preliminare che, se si costituisse, non gli spetterebbe. Lo stridio con l'art. 3 Cost. appare, ai più evidente. Cfr., ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio*, cit., p. 663. *Contra*, invece, TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1396, secondo cui la disciplina sarebbe pienamente ragionevole: nel caso dell'indagato latitante, infatti, molto probabilmente mancherebbe in radice ogni pur minimo confronto dialettico tra autorità procedente e soggetto ristretto *in vinculis*. Ciò è tale da giustificare un rallentamento nella prosecuzione dell'istanza punitiva, essendo opportuno per il p.m. non andare in dibattimento senza avere mai neppure sentito la versione dell'imputato, pena il rischio di una assoluzione irrimediabile.

⁷²⁹ TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1396.

si preoccupa di tutelare soltanto la posizione di colui che, sottoposto a misura custodiale, sia scarcerato a seguito di revoca o annullamento del titolo – anche in forza di un provvedimento non «definitivo», attesa la diversa formulazione letterale dell’art. 455, co. 1-*bis* rispetto all’art. 453, co. 1-*bis* c.p.p. – prima che il decreto di giudizio immediato sia emesso.

Conseguentemente, attivata ritualmente l’opzione per il rito, la stessa non può essere revocata né ritrattata – con effetto retroattivo – neppure qualora l’insussistenza di quei gravi indizi fosse tale *ab origine*, ma emergesse in un momento successivo⁷³⁰. Di talché, a un errore del magistrato seguirebbe un’ulteriore beffa per l’imputato; difatti, non soltanto la custodia non doveva essere disposta, ciononostante l’applicazione di un provvedimento illegittimo ha irradiato forza tale da privare l’imputato, in maniera irrimediabile, di preziosi istituti posti dall’ordinamento a sua garanzia. Una tale alea, con rischio gravante interamente sull’imputato ristretto, appare difficilmente tollerabile⁷³¹.

La distonia è (soltanto) parzialmente attenuata da quell’indirizzo giurisprudenziale, cristallizzatosi nella recente decisione della Corte di cassazione resa nella composizione più autorevole, che postula la necessità, da parte del giudice per le indagini preliminari, di scrutinare anche l’evidenza della prova, nella sua accezione dinamica. Si coglie qui, infatti, lo sforzo di non dare libero corso al maldestro tentativo di introdurre «una sostanziale assimilazione tra la situazione di evidenza probatoria che giustifica il rito immediato e il *solo* giudicato cautelare sui gravi indizi di colpevolezza»⁷³².

Tramite questa opzione ermeneutica, infatti, la Corte ha sottratto spazio operativo alla tesi, pur sostenuta sino all’arresto del 2014, secondo cui il rigetto della richiesta potesse avvenire soltanto nell’ipotesi tipizzata di previa smentita del grave quadro indiziario, così da generare – negli altri casi – un pernicioso automatismo nell’instaurazione del rito.

Nell’emettere il decreto di giudizio immediato, infatti, al giudice per le indagini preliminari sarebbe stato consentito di vagliare soltanto i requisiti obiettivi – stato di custodia dell’indagato (α) al momento dell’istanza del pubblico ministero, definizione del rito cautelare (β) e identità del reato rispetto al quale l’azione penale è esercitata (γ) – ma non avrebbe avuto margine d’autonomia nel reconsiderarli. Per questa via, si sarebbe creato «un vincolo insuperabile»⁷³³ per il giudice, rispetto alle valutazioni dell’organo cautelare, un autentico pre-giudizio.

“Corretto il tiro” mediante la valorizzazione del requisito dell’evidenza – ovvero, come suggerito pocanzi, mediante il ricorso a una lettura estensiva *pro reum* dell’art. 299, co. 3 c.p.p. – ciò che merita essere ulteriormente sottolineato è il rigetto di un modello che avrebbe relegato il giudice a passivo recettore, a scatola chiusa, di valutazioni cristallizzatesi in un altrove sperequato *contra reum*⁷³⁴, conferendogli inedita autorità vincolante. Optando per un’esegesi estensiva dei poteri del giudicante, viceversa, si è preferito riesperire la componente discrezionale e valutativa che è propria di ogni valutazione autenticamente giurisdizionale.

⁷³⁰ ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura*, cit., p. 13; RIVELLO, (voce) *Giudizio immediato*, cit., p. 480.

⁷³¹ Così anche ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura*, cit., p. 14.

⁷³² VARRASO, *Il “doppio binario” del giudizio immediato*, cit., p. 183.

⁷³³ AMODIO-GALANTINI, *Sull’illegittimità costituzionale*, cit., p. 5.

⁷³⁴ Cfr. VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 321; F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 190-191.

Tale opzione, tuttavia, se per un verso vale ad arginare almeno in parte il preventivo rischio di doppio errore *contra reum*, non è tale da ricondurre il sistema a piena ragionevolezza laddove il rito sia stato comunque erroneamente attivato.

L'irragionevolezza e l'inopportunità del meccanismo si fondano, a parere di chi scrive, sulla decisione del legislatore di ancorare l'esercizio dell'azione penale a un presupposto estremamente fluido, non avendo avuto il coraggio di optare per un modulo procedimentale realmente innovativo.

Nonostante la smentita equipollenza – a opera della Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 121 del 2009 – tra i parametri sottesi alla valutazione della cautela e i criteri per disporre il rinvio a giudizio⁷³⁵, l'istituto di nuovo conio continua a mostrare tutta la propria inadeguatezza sotto plurimi aspetti.

L'esclusione dell'udienza preliminare – “bilanciata” dal solipsistico vaglio del giudice che ha già emesso la cautela personale⁷³⁶ – è difatti giustificabile nella sola misura in cui valga effettivamente a garantire all'imputato *in vinculis* un celere approdo al giudizio; viceversa essa tradisce soltanto una concezione autoritaria dei rapporti Stato-imputato, oltreché una discutibile pretesa di energica risposta punitiva anticipatrice della condanna, laddove viceversa l'approdo al giudizio sia tutt'altro che immediato e sia tale da interessare un imputato non più necessariamente gravato da alcuna misura custodiale⁷³⁷. È allora evidente che l'amputazione dell'udienza preliminare è tale da risolversi in una mera compressione dei diritti difensivi dell'imputato⁷³⁸, oltreché di un recupero dei termini di custodia cautelare in carcere, accettata nella speranza di un'eventuale contrazione anche dei tempi processuali.

La forzosa rinuncia al momento di confronto dialettico con l'organo dell'accusa, in uno con la sterilizzazione delle possibilità di rafforzamento *pro reo* del compendio istruttorio fino a quel momento raccolto fanno sì che gli spazi di manovra, pure riconosciuti *per tabulas* alla difesa, vengano convogliati e posticipati alla fase dibattimentale, con *deficit* qualitativi e quantitativi ben immaginabili⁷³⁹. La regressione dello *standard* complessivo garanzie, proprio laddove lo Stato tragga a giudizio un imputato *in vinculis*, appare indiscutibile.

Tuttavia, se non altro, l'interpretazione ormai assurta a tesi maggioritaria in merito ai distinti, se non «del tutto opposti»⁷⁴⁰, criteri di giudizio che operano nelle due sedi procedimentali in oggetto ha permesso di ridimensionare un'altra tradizionale obiezione mossa all'istituto in esame.

L'abnorme raccordo tra procedimento cautelare e valutazione circa il merito dell'accusa, si porrebbe infatti in contrasto con il criterio della idoneità probatoria a sostenere l'accusa in giudizio (art. 125 disp. att.) e con il principio della completezza delle indagini, nella sua accezione di elemento integrativo del dettato costituzionale⁷⁴¹.

⁷³⁵ Così come auspicato dalla dottrina maggioritaria Per tutti, AMODIO, *I procedimenti speciali nel labirinto*, cit., p. 110-111.

⁷³⁶ Per una recente pronuncia che tuttora esclude ogni profilo di incompatibilità tra i due giudici-persone fisiche, si v. Cass., sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 49288, in *C.E.D. Cass.*, n. 265742.

⁷³⁷ F. SIRACUSANO, *Originari statuti*, cit., p. 191 e CAPRIOLI, *Il modello sperimentale*, cit.

⁷³⁸ AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale*, cit., p. 3.

⁷³⁹ AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale*, cit., p. 4.

⁷⁴⁰ AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale*, cit., p. 4; GIOSTRA, *Una norma “in difficoltà di senso”: il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondi ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, p. 339 s.; VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 290 s.

⁷⁴¹ AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale*, cit., p. 7.

Dell'art. 112 Cost. e del suo precipitato a livello ordinario si è già detto in altra, precedente sede del presente lavoro. Qui, invece, preme evidenziare come uno degli argomenti più frequentemente spesi al fine di denunciare il preteso contrasto del giudizio immediato c.d. "custodiale" con la disposizione costituzionale evocata sia il frutto di una malintesa concezione di certi postulati della Corte costituzionale.

Il principio di completezza delle indagini preliminari ovvero la «completa individuazione dei mezzi di prova», "coniato" dalla celebre sentenza n. 88 del 1991 e irrobustito con la pronuncia n. 115 del 2001 in tema di giudizio abbreviato, rinviene certamente la propria *ratio* nel consentire, da un lato, al pubblico ministero di «esercitare le varie opzioni possibili (tra cui la richiesta di giudizio immediato, "saltando" l'udienza preliminare)» e all'imputato di «accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio»; dall'altro, però, «il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale».

Chi scrive è del parere che sul tema della completezza delle indagini occorra estrema chiarezza. Denunciare l'indebito aggiramento della sentenza n. 88 del 1991 a opera della disciplina del giudizio immediato, nella parte in cui «consente l'esercizio dell'azione sulla base di un requisito assolutamente diverso»⁷⁴², non appare del tutto coerente né con l'inciso riportato né con gli sviluppi del ragionamento che certa dottrina coltiva.

Non si comprendono, anzitutto, i timori mostrati rispetto alle esigenze del pubblico ministero di completare il proprio lavoro di indagine, atteso che l'art. 453, co. 1-*bis* c.p.p. gli garantisce un abnorme spazio temporale per portare a compimento qualunque esigenza di approfondimento investigativo sia ritenuto opportuno dall'ufficio inquirente. Neppure sono di facile intuizione le preoccupazioni per l'imputato, asseritamente restio ad accettare una definizione anticipata della reg giudicanda: l'opzione per il giudizio abbreviato, infatti, è del tutto praticabile e, anzi, nella prassi rappresenterà alternativa tanto più valida quanto più, paradossalmente, l'ordinanza applicativa di misura cautelare sia, alternativamente, inoppugnabile ovvero traballante.

Ciò che stupisce di un tale ragionamento è, però, il substrato ideologico. Non è tutelando a oltranza il mito della completezza delle indagini preliminari che si scongiura il pericolo di un improprio capovolgimento dell'impianto del codice di rito del 1988 – pericolo insito nel mutamento delle regole di giudizio che presiedono all'esercizio dell'azione penale per saldarle con quelle proprie della domanda cautelare – poiché, piuttosto banalmente, non è continuando a perpetuare il modello della «gigantesca istruzione sommaria»⁷⁴³ che si tutela l'ordinamento dal rischio di «svuotare di significato l'accertamento dibattimentale dell'accusa»⁷⁴⁴.

A ben vedere, ciò che rende implausibile il paventato rischio di lesione dell'art. 112 Cost. della normativa in oggetto, nella parte in cui tollerebbe forme di esercizio soltanto "apparente" dell'azione penale, mascherato dietro il velo ipocrita di un compendio istruttorio non debitamente compulsato, è la stessa disciplina positiva. In dottrina, correttamente, ci si è

⁷⁴² AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale*, cit., p. 8.

⁷⁴³ PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 282; in termini, anche ZAPPALÀ, *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 890. Concorde con questa disamina, più di recente, FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. Dir. proc.*, 2013, p. 541.

⁷⁴⁴ Un recente contributo permette di evidenziare alcune delle cause che concorrono a spiegare la "crisi" del dibattimento: *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri-Orlandi, Torino, 2017.

chiesti come possa un pubblico ministero, dopo ben centottanta giorni dal raggiungimento dell'elevato *standard* probatorio necessario all'incarcerazione dell'indagato, addurre ancora esigenze di incompletezza del proprio fascicolo⁷⁴⁵. La disposizione, per vero, appare idonea a fugare ogni dubbio di frizione con il dettato costituzionale e, anzi, censurabile laddove assicuri al pubblico ministero uno spazio di manovra francamente eccessivo, tale da coincidere con l'estensione cronologica di un'ordinaria fase di indagini preliminari.

Si potrebbe anzi riconoscere che, ove l'inquirente abbia proficuamente attivato il procedimento, debba presumersi che egli abbia sviluppato l'investigazione al punto da possedere un tale corredo di elementi non soltanto univocamente *contra reum* e quindi, come tali, idonei a sorreggere la prognosi di responsabilità dell'accusato, ma addirittura tali da far apparire la celere verifica del giudizio del tutto opportuna, se non necessaria⁷⁴⁶.

Se, tuttavia, un tale modello interpretativo apparisse eccentrico, si dovrebbe almeno concludere che l'istituto del giudizio immediato "custodiale", «uno dei frutti più avvelenati della stagione dominata dalle istanze securitarie»⁷⁴⁷, ben rappresenta lo stadio più avanzato di quelle spinte, eccentriche rispetto all'essenza più nobile che animava il codice di rito del 1988, che hanno condizionato l'evoluzione degli equilibri processuali. E ciò, non già per via di asserite incrinature al dogma della completezza delle indagini preliminari; bensì per avere accentuato taluni difetti di struttura su cui il codice riposa da molto tempo.

Occorre tornare, nuovamente, alle ragioni storiche della codificazione onde comprenderne la fragilità intrinseca. La giurisdizionalizzazione delle misure cautelari ha rappresentato un obiettivo primario; il rinnovato ufficio del giudice per le indagini preliminari, lo strumento per conseguirlo. È rimasto però sullo sfondo, confinato nella norma (l'art. 275 c.p.p.) che più di ogni altra reca vive le tracce della legislazione securitaria, il rapporto tra presunzione di non colpevolezza e coercizione personale.

I codificatori, difatti, hanno guardato all'art. 27 Cost. come a un faro, un punto di riferimento per una disciplina di dettaglio che originasse un fitto reticolato normativo in ambito trattamentale (esigenze cautelari; scomputo del presofferto) e di durata massima della cautela onde evitarne la surrettizia trasformazione in pena anticipata; «non si era intuito, allora, che il problema non è solo quello della qualità, ma anche quello della quantità del fenomeno cautelare»⁷⁴⁸.

In un clima culturale in cui si ritiene che spetti non soltanto al pubblico ministero, ma anche al giudice il compito di difendere la società dal delitto⁷⁴⁹ è evidente che pretendere un elevato tasso di imparzialità del giudice per le indagini preliminari non sia un'esigenza primaria.

⁷⁴⁵ VALENTINI, *La poliedrica identità*, cit., p. 334. In termini, sia pure meno netto, SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale"*, cit., p. 6-7.

⁷⁴⁶ Spunti in SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale"*, cit., p. 6.

⁷⁴⁷ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 19.

⁷⁴⁸ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 20. Più il numero dei detenuti ristretti in attesa di giudizio aumenta, più la coercizione personale si avvicina all'abnorme soglia della fisiologia, con pesanti ripercussioni su plurimi aspetti: dal diritto di difesa, alla forza della prevenzione (mercé anche l'art. 432 c.p.p.) sul giudice del dibattimento; dai problemi logistico-pratici inerenti i contatti tra imputato detenuto e legale difensore, al "malvezzo" di intercettare o controllare la corrispondenza del detenuto con terzi (cfr., Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 20, con nota di RUARO, *È costituzionalmente ortodosso il divieto di "intercettazione" della corrispondenza epistolare*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 918 s.).

⁷⁴⁹ Così l'attuale giudice costituzionale VIGANÒ, in un intervento al Convegno organizzato a Bologna dalla Associazione F. Bricola nei giorni 22-23 marzo 2013 sul tema "*Diritto e processo penale tra separazione accademica e dialettica applicativa*".

La disciplina del giudizio immediato custodiale rappresenta, in quest'ottica, la sublimazione dell'idea – cui si è già dedicata ampia riflessione nel capitolo iniziale del presente lavoro – secondo cui «inviolabile» è, sempre più spesso, l'esigenza investigativa della pubblica accusa a non subire eccessive restrizioni nel disvelamento della verità e non già la libertà personale dell'individuo⁷⁵⁰.

Non stupisce, allora, che il giudizio immediato, nonostante i difetti di cui si è dato conto e le aspre critiche di una dottrina quasi unanime, non sia mai stato attinto da censure di legittimità costituzionale. Ciò dovrebbe indurre a riflessione, soprattutto se si pone mente alle reazioni che accompagnarono l'introduzione, a opera della legge n. 46 del 2006, dell'art. 405, co. 1-*bis* c.p.p.

Come acutamente evidenziato in dottrina, esiste anche un problema di cultura inquisitoria a cui rimane attaccata, non soltanto in ambito cautelare, parte della magistratura⁷⁵¹. Nel 2006, infatti, il meccanismo contro cui venne adita la Corte costituzionale era stato congegnato – pur maldestramente – in ottica limitativa della *potestas* dell'inquirente, contratto nella propria libertà d'azione in esito a iniziative cautelari infruttuose; due anni più tardi, il pendolo legislativo è tornato sui suoi passi, le esigenze securitarie hanno avuto la meglio e gli equilibri si sono ribaltati.

C'è un filo rosso che lega il nostro studio e che rinviene, nel comma 1-*bis* dell'art. 453 c.p.p., il suo più fulgido punto di emersione: è sempre il pubblico ministero a dettare le cadenze procedurali, dapprima preconstituendosi la disponibilità dell'indagato in carcere (lo snodo circa i rispettivi rapporti di equilibrio è stato rinvenuto nell'art. 291 c.p.p.) e poi ne protrae la permanenza *in vinculis*, a fini di completamento investigativo, coltivando l'opzione per il giudizio immediato custodiale.

Si è dunque realmente al cospetto di un istituto che riesce a fallire ogni obiettivo prefissatosi, da quello dei contenimenti dei tempi procedurali – e di durata della misura cautelare, oltretutto delle indagini preliminari⁷⁵² – a quello del disequilibrio tra istanze securitarie e garanzie individuali.

La giurisdizionalizzazione nel settore cautelare, a cui i codificatori hanno pensato quale baluardo garantista delle più alte libertà dell'individuo, resta quasi sempre sullo sfondo e ha, anzi, prodotto storture *in malam partem*: è ormai radicata, anche nella coscienza sociale, l'idea che l'incidente cautelare, con la sua giurisdizione dalle forme pesanti, ma provvisoria e a cognizione sommaria, sia così estesa ed efficace – percepita come unica risposta tempestiva, in grado di placare le ansie collettive – da «poter sostituire in qualche caso l'accertamento sul merito dell'imputazione»⁷⁵³.

Tuttavia, quando essa interviene è spesso priva di strumenti adeguati a un effettivo controllo circa il corretto impiego dei poteri del pubblico ministero che – nel tempo – si sono via via espansi.

La traiettoria di evoluzione del sistema, in conclusione, dovrebbe essere bruscamente invertita, avvertendosi l'impellente necessità di investire sul rito ordinario e non su epigoni

⁷⁵⁰ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 21.

⁷⁵¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 469, secondo cui «le macchine repressive sono meno riformabili degli Stati, perché toccano un metabolismo sociale profondo» e AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 21.

⁷⁵² CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 833.

⁷⁵³ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit., p. 21. Della stessa opinione, SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso – Peroni, Piacenza, 2010, p. 804. Sulla stessa lunghezza d'onda il più volte citato IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali*, cit., p. 2190 s.

autoritativi: la giurisdizionalizzazione che presiede al titolo cautelare non può tenere luogo di un accertamento sul merito dell'imputazione, tuttavia essa dovrebbe imporre un suo più celere controllo da parte di un altro giudice, anzitutto quello dell'udienza preliminare, dotato di visione panottica e pienezza di strumenti istruttori idonei a riequilibrare, sia pure *ex post*, lo squilibrato rapporto di forza tra le parti che fisiologicamente connota la fase delle indagini preliminari.

Se il microcosmo cautelare sembra scontare la necessità di soddisfare anche, certe volte soprattutto, eteree istanze securitarie della collettività, a cui il legislatore non riesce evidentemente a sottrarsi, sarebbe quanto mai opportuno che, seppure ogni tanto, venisse ricordato – e se ne veicolasse pedagogicamente il messaggio, traducendolo in norme positive – che «si punisce “dopo” e non “prima”»⁷⁵⁴: l'ideale punto di incontro di simili opposte necessità dovrebbe, a questo punto, essere chiaro e cioè far sì che quel “dopo” sia, per quanto è possibile, il più prossimo all'applicazione della cautela.

⁷⁵⁴ NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, 2009, p. 112.

Capitolo III

POSSIBILI RACCORDI TRA PROCEDIMENTO *DE LIBERTATE* E PROCESSO DI MERITO: UNA PROSPETTIVA *PRO REO*

SOMMARIO: 1. Premessa. La gravità indiziaria – 2. Una prima opzione. Dei pregi e dei difetti. – 3. Una seconda opzione: la rivalutazione dell'art. 3, co. 2 d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106. – 4. Un'ultima alternativa: disincentivare l'opzione cautelare a "costo zero" – 5. Il convitato di pietra: il principio di completezza delle indagini preliminari. – 6. Profili problematici e possibili soluzioni.

1. *Premessa. La gravità indiziaria.*

La tematica di maggiore respiro che ha fatto da sfondo alle questioni sino a ora affrontate – la tutela della libertà personale dell'imputato, in raccordo ad alcuni momenti chiave dell'*iter* processuale quali, in particolare, la genesi, nel segreto dell'indagine preliminare, e l'esercizio dell'azione penale all'esito della stessa – merita ora di essere scrutinata più da vicino.

Il quadro che si prospetta dinanzi all'interprete ha del preoccupante. Se è vero, come pare, che la fase storica in cui ci si muove è caratterizzata da una pervicacia nel privilegiare le istanze securitarie-collettivistiche a discapito delle libertà del singolo⁷⁵⁵ e che, dunque, rivendicare l'opzione – ideologica, prima ancora che giuridica – dei codificatori del 1988 per un modello processuale a vocazione (non del tutto attuata) accusatoria e a impronta garantista, a discapito di uno maggiormente inquisitorio e Stato-centrico, appare oggi innegabilmente *demodé*, è altrettanto inconfutabile che lo stato di salute di cui godono alcune «grand[i] conquist[e] sulla via della tutela della libertà personale dell'imputato»⁷⁵⁶ è gravemente compromesso.

Le cause sono note a tutti da tempo. Etichettate con la fortunata formula «declino della legalità processuale»⁷⁵⁷, esse sono riconducibili a una vera e propria eterogenesi dei fini dello strumento processuale. Complici le sofferenze di molteplici istituti, tanto sostanziali (basti por mente alla prescrizione⁷⁵⁸ e alla pena⁷⁵⁹) quanto processuali (ad esempio, il più volte

⁷⁵⁵ In quadro più generale che, in materia di libertà personale *latu senso* intesa, si qualifica per la generalizzata accettazione di fenomeni quali *extraordinary renditions*, detenzione "amministrativa" dei migranti c.d. "irregolari", sperimentazione del c.d. *taser* in uso alle forze di polizia, cfr. ZACCHÉ, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1196 s. e DANIELE, *Il volto sbiadito dell'Habeas Corpus nella privazione della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 422 s.

⁷⁵⁶ GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976, p. 191.

⁷⁵⁷ NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 s.

⁷⁵⁸ Cfr., BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 90 s.; GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2019 e, ID., *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, *ivi*, 5 novembre 2018 e, più di recente, GATTA-GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *www.sistemapenale.it*, 11 febbraio 2020.

In relazione, invece, alla l. Orlando, riformata senza essere neppure entrata a regime, si v. ZIRULIA, (voce) *La riforma della prescrizione del reato ("Legge Orlando")*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, diretto da Garofoli-Treu, Roma, 2018.

denunciato uso improprio delle impugnazioni), il processo, da strumento teso alla ricostruzione di un fatto storico di reato secondo un determinato modello gnoseologico e un dato sistema di regole, è divenuto il terreno nel quale coltivare altre priorità: di volta in volta, l'emergenza mediatica di turno, spesso filtrata in ottica propagandistica (criminalità organizzata e terroristica, c.d. femminicidio e violenza domestica⁷⁶⁰, immigrazione clandestina, lotta alla corruzione e al malaffare politico⁷⁶¹), il controllo sulle devianze, l'eliminazione o la riduzione dell'allarme sociale provocato dal delitto.

Le ragioni del declino sono, parimenti, state sviscerate nel profondo. La siderale distanza che separa la commissione del fatto dall'esecuzione della pena – talvolta connotata, nell'opinione pubblica, da imperscrutabile aleatorietà – importa l'irresistibile tentazione di anticipare la risposta penale, con intenti rassicuranti e special-preventivi, a una fase che funzionalmente e cronologicamente viene necessariamente prima dell'accertamento di responsabilità e, dunque, dell'irrogazione della pena.

La detenzione preventiva assurge allora – in special modo in relazione ai delitti più gravi, fonte di maggiore allarme sociale, vero o indotto che sia – a condizione fisiologica di attesa del giudizio, sostenuta da un generalizzato «plauso sociale» per la ragguardevole carica afflittiva che la connota⁷⁶², nella «generale convinzione che il carcere preventivo costituisca ormai l'unico, residuo strumento a disposizione dell'autorità giudiziaria per rimediare al deprecato fenomeno dell'ineffettività della pena»⁷⁶³.

D'altronde, che il diritto alla libertà personale resti, tuttora, connotato da estrema fragilità è affermazione supportata da impietose statistiche. In poco più di un lustro, l'ordinamento manifesta segni di cedimento e di «rigetto» delle novità introdotte dal legislatore nel precipitoso tentativo di adeguarsi alla sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo. Al 31 ottobre 2016, i detenuti presenti nelle carceri italiane erano 54.912⁷⁶⁴ (di cui, circa il 35% ristretto in forza di un titolo cautelare); al 31 marzo 2018, invece, il numero complessivo ammonta a 58.223 (di questi, il 34% in custodia cautelare; la percentuale sale però al 39% tra gli imputati stranieri)⁷⁶⁵; al 31 marzo 2019, infine, il totale dei detenuti è pari a 60.611 (di cui il 32% circa in custodia cautelare; tra gli stranieri si arriva al 37%)⁷⁶⁶.

⁷⁵⁹ Cfr., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018 e, in particolare: PULITANÒ, *Minacciare e punire*, p. 3; GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, p. 47 e PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, p. 521.

⁷⁶⁰ Da ultimo, la legge 19 luglio 2019, n. 69, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, c.d. Codice Rosso, si segnala per il ricorso ad una tecnica legislativa ben nota: introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, aumenti delle cornici edittali, interventi puntutativi sulla disciplina del Libro IV in tema di misure cautelari orientati a rendere più ampio il ventaglio di scelta per il giudice e più facile il ricorso a misure di tipo coercitivo.

⁷⁶¹ Da ultimo, le allarmate riflessioni di PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, p. 235 s.

⁷⁶² In questi termini, già vent'anni fa, GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

⁷⁶³ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 826.

⁷⁶⁴ Detenuti presenti - aggiornamento al 31 ottobre 2016, dal sito del Ministero della giustizia in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1284635&previousPage=mg_1_14.

⁷⁶⁵ Dati ripresi da *Relazione. Un anno in carcere, XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, p. 4, in www.antigone.it.

Nel 2019, la medesima associazione, ha redatto *Relazione. Il carcere secondo la Costituzione. XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, <https://www.antigone.it/quindicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/> dal quale emerge la crescente tensione del sistema carcerario.

⁷⁶⁶ Detenuti presenti - aggiornamento al 31 marzo 2019, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST183060&previousPage=mg_1_14.

Al di là del costante aumento della popolazione carceraria, non passa inosservato che non ci si è molto distanziati dalla percentuale di popolazione carceraria in attesa di giudizio che, nel 2013, lasciò la Corte EDU “*frappé*”⁷⁶⁷ (circa il 40%).

Difficile negare di trovarsi di fronte a un fenomeno divenuto ordinario e massivo. Quando la realtà assume tali proporzioni, diventa arduo per l’interprete negare di assistere a una metamorfosi del rito penale nel suo complesso⁷⁶⁸.

Dinnanzi a questo cedimento strutturale, ma graduale dell’impianto codicistico non si può però dire che il legislatore sia rimasto del tutto inerte, anzi. Soffocate da una produzione normativa parossistica, spiccano due leggi di riforma che – per ampiezza di respiro e incisività di talune innovazioni – si sono succedute a vent’anni di distanza l’una dall’altra: l. 8 agosto 1995, n. 332 e l. 16 aprile 2015, n. 47.

Si tratta di tentativi, caratterizzati da più ombre che luci, finalizzati a invertire la rotta securitaria, ma che, non soltanto col senno del poi, si sono rivelati viziati *ab origine* da una sorta di strabismo di Venere. Mediante lo spasmodico ricorso a una tecnica legislativa didascalica e massimamente stringente, con ridondanza di aggettivi – è il caso degli artt. 274 e 292 c.p.p., che più di altre disposizioni recano i segni di tale approccio pedagogico – il legislatore ha creduto all’illusione di sopprimere, una volta per tutte, l’inevitabile tasso di discrezionalità che contraddistingue l’intervento dell’autorità giudiziaria in ambito cautelare⁷⁶⁹.

Già nel 1995 era diffusa la convinzione in dottrina che, nonostante un’intelaiatura codicistica rigorosa e garantista, il problema dell’abuso della carcerazione preventiva era prettamente applicativo. Si denunciava, a ragione, l’impiego di motivazioni caratterizzate dal ricorso a formulette pigre, clausole di stile, giustificazioni stereotipate, vuoti argomentativi che, tuttavia, continuano tuttora a trovare dimora nelle ordinanze di applicazione o di rigetto

Naturalmente da queste statistiche rimane esclusa la fetta di imputati sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari che, come noto, è del tutto parificata (quanto a computabilità con la pena; termini di fase e di durata massima; sanzioni in caso di allontanamento ingiustificato) alla custodia cautelare in carcere.

⁷⁶⁷ Spunti in AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 8 s.

La situazione, in Europa, è migliore seppure non rosea. Cfr., *Risoluzione*, 6 luglio 2017 n. 251, in www.europarl.europa.eu nella quale il Parlamento Europeo condanna il sistematico ricorso alla custodia cautelare da parte di taluni Stati membri; la *Relazione*, maggio 2016, *A measure of Last Resort? The practice of pre-trial detention decision making in the EU*, in www.fairtrials.com, p. 1 s., include l’Italia nel gruppo di Stati membri nel quale si segnala un “impiego eccessivo” del carcere durante il procedimento penale.

Sul sito www.prisonstudies.org, invece, si possono trovare i dati relativi alla custodia cautelare in alcuni paesi dell’Unione: in Germania i detenuti in custodia rappresentano circa il 20% della popolazione carceraria, in Spagna il 15%, in Inghilterra e Polonia il 10% circa. Francia (29%), Belgio (35%), Svezia (30%) e Olanda (30%), invece, si assestano su livelli prossimi ai nostri.

Non risulta che, ad oggi, sia mai stato compiuto un altro tipo di accertamento: quello inerente la percentuale di assoluzioni o proscioglimenti (non importa per quale causa) tra i detenuti in attesa di giudizio. Qualche anno fa, ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2378, azzardò trattarsi di circa il 30%, per di più sottostimato: in altri termini, circa un imputato su tre tra coloro che sono attinti da provvedimento coercitivo si vedrebbero poi destinatari di una sentenza proscioglitrice.

⁷⁶⁸ NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (In ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 659, evidenzia come si sia giunti a un paradosso: «d’essersi spostati dalla pena dopo il processo (come richiederebbero gli artt. 27 comma 2° e 25 comma 2° della Costituzione) al suo rovescio: i controlli sociali, la “risposta giudiziaria”, le “misure di contrasto”, durante e tramite il procedimento, ossia quest’ultimo, usato per gli stessi scopi che dovrebbero essere solo della sanzione».

⁷⁶⁹ FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 64 s.

di istanze di revoca o sostituzione di misure cautelari, nonostante gli sforzi profusi negli artt. 292 e 309 c.p.p.⁷⁷⁰.

Tuttavia, più che la motivazione *per relationem* – forse erroneamente, per anni, assurda ad emblema di una prassi applicativa sciatta⁷⁷¹ – a destare preoccupazione dovrebbe essere la tendenza a poggiare misure cautelari su percorsi argomentativi deboli⁷⁷².

Ciò accade soprattutto in relazione all'esigenza di cui all'art. 274, lett. c c.p.p. ovvero a quella che, già di per sé, si espone forse alle maggiori critiche per via dei fini – non sempre autenticamente cautelari, bensì sbilanciati verso quelli più propriamente tipici della misura di sicurezza⁷⁷³ – che, tramite essa, si perseguono⁷⁷⁴.

Poiché non appare praticabile – né forse auspicabile – un ulteriore irrigidimento delle già saturate disposizioni citate, né ci sembra imminente una loro rivisitazione in senso restrittivo⁷⁷⁵, parte della dottrina ha, di recente, rivolto le proprie attenzioni al principio di proporzionalità nell'applicazione delle cautele – principio, come noto, declinato nel trittico di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto⁷⁷⁶ – nella convinzione che una maggiore consapevolezza, in sede legislativa⁷⁷⁷, delle potenzialità di un modello informato alla “pluralità graduata” di misure alternative al carcere, dotate quindi di crescente afflittività ed effettiva idoneità cautelare, sarebbe in grado, da un lato, di arginare «la dilagante discrezionalità del giudice nell'interpretazione delle fattispecie cautelari»⁷⁷⁸ e, dall'altro, che un suo più largo impiego nella prassi, finalmente affrancata da incrostazioni culturali ormai desuete, renderebbe massimamente operativa la vincolante direttiva di «ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale»⁷⁷⁹.

⁷⁷⁰ La bibliografia è, sul punto, quanto mai ampia. Si rinvia, per tutti, a GIULIANI, *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 354 s. e CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del Tribunale della libertà*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 maggio 2015, p. 1 s.

⁷⁷¹ IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 368 s. secondo cui, al massimo, un tale vizio potrebbe rientrare in quello di motivazione (illogica, contraddittoria o mancante).

⁷⁷² DANIELE, *Il volto sbiadito dell'Habeas Corpus*, cit., p. 424.

⁷⁷³ ZACCHÉ, *La libertà personale*, cit., p. 2001.

⁷⁷⁴ Spunti in ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 919 s. e, più di recente, in MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2011, p. 1 s. e MARZADURI, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in www.la legislazione penale.eu, 19 settembre 2016, p. 1 s.

Le tensioni che si accumulano sulla lett. c) concernono, inoltre, anche eventuali profili di discriminazione nei confronti degli imputati meno abbienti e più deboli. Spesso, infatti, sono costoro a non potere accedere a misure non detentive e obbligatorie, attesa la mancanza di un idoneo inserimento sociale, o agli arresti domiciliari, per la mancanza di un adeguato domicilio, oltretutto ad adeguate forme di assistenza difensiva o di accesso agli atti.

⁷⁷⁵ Come pure da taluno si invoca, in relazione per lo meno all'art. 274, lett. c) c.p.p., cfr. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 319-320.

⁷⁷⁶ ZACCHÉ, *La libertà personale*, cit., p. 2002 s.; ID., *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 371 s. e SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 334 s.

⁷⁷⁷ Cui necessariamente segua una congrua disponibilità di risorse materiali ed economiche. Emblematica, la riforma degli arresti domiciliari con dispositivi di controllo a distanza “senza oneri per lo Stato”.

⁷⁷⁸ ZACCHÉ, *La libertà personale*, cit., p. 2005.

⁷⁷⁹ Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3185. La pronuncia, autentica pietra miliare in tema di principio di proporzionalità – in astratto e in concreto – nella scelta della misura cautelare, è stata ampiamente commentata in dottrina. Per tutti, si v. GIOSTRA, *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*, ivi, 2012, p. 4897 s. e MANES, *Lo “sciame di precedenti” della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 457 s.

Tuttavia, oltre auspicare l'introduzione di «un'efficace rete di norme di chiusura e di sbarramento» capaci di ridurre in astratto e a priori «l'ambito applicativo delle misure restrittive»⁷⁸⁰ (finendo però, spesso, con il proporre interventi connotati da estemporaneità, del tipo di quelli operati sul solo art. 280 c.p.p.⁷⁸¹), queste proposte omettono di affrontare due questioni che, a giudizio di chi scrive, paiono risolutive.

Anzitutto, la gamma del ventaglio di misure coercitive personali pare difficilmente ampliabile, soprattutto laddove non si ritenga opportuno investire su forme di cautele patrimoniali (sul modello della desueta cauzione); inoltre, nessuno è parso in grado di spiegare perché mai gli invocati interventi sull'art. 275 c.p.p. – che più di ogni altra disposizione reca i segni delle scorie securitarie prodotte dagli ultimi quindici anni di legislazione emergenziale – finalizzati, da un lato, a riesumare l'originario, asciutto testo normativo così da restituire al giudice la «responsabilità della valutazione in concreto delle esigenze cautelari»⁷⁸² e, dall'altro, a immaginare un articolato dosaggio di presunzioni *pro reo* di non-pericolosità sociale in relazione, quantomeno, ai reati meno allarmanti⁷⁸³ (di fatto, quelli non ricompresi nei cataloghi degli artt. 51, commi 3-*bis*, *quater* e *quinqües* e 407 c.p.p.), dovrebbero avere migliore sorte, nella prassi, di quelli già effettuati, con intenti talvolta pedagogici talaltra sanzionatori di sciatte prassi, sugli artt. 273, 274, 292 e 309 c.p.p.

Non si vuole dire che eventuali riforme di tale tenore sarebbero del tutto inutili, laddove finalizzate a rendere più effettivo il rispetto in concreto del canone di *extrema ratio*. Tuttavia se ne paventa l'intrinseca fragilità, ove fossero slegate da altri e più strutturali rimaneggiamenti di sistema, finendo per essere inevitabilmente destinate a scontrarsi con una prassi che soffre spinte centrifughe difficili da estirpare con un tratto di penna legislativa.

La buona riuscita di un intervento normativo di tale portata verrebbe fatalmente a dipendere, in ottima misura, da come vivrebbe nella pratica e niente è in grado di assicurare che l'afflato garantista di riforme tese a impattare sull'art. 275 c.p.p. non finisca per essere smorzato dall'impiego di formulette altrettanto pigre o vaghe, vuoti argomentativi e motivazioni stereotipate, se del caso integrate del tribunale del riesame in funzione supplente, tese a far passare come autenticamente necessarie misure in realtà sproporzionate per eccesso⁷⁸⁴.

Non si sarebbe prodotto altro risultato che quello di avere spostato, dunque, il problema. Dall'appiattimento motivazionale circa le esigenze cautelari a quello circa la proporzionalità, idoneità, necessità della misura scelta, senza con ciò riuscire a produrre un sistema capace, nel suo complesso, di arginare l'enorme domanda di cautela a cui assistiamo.

Ciò che, invece, sarebbe utile approfondire è la possibilità di immaginare una rinnovata struttura processuale, capace di contenere *ex se* un limite intrinseco all'impiego dello strumento coercitivo. L'impostazione potrebbe, a parere di chi scrive, svilupparsi lungo due direttrici maestre: a) la valorizzazione del canone di autoresponsabilità per il pubblico

⁷⁸⁰ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit. p. 35.

⁷⁸¹ Lo stesso A. da ultimo citato, nell'invitare a riflettere su *bail* anglosassone, è costretto ad ammettere che la sua proposta è più volta a indicare «un'idea-guida» che a favorire il proficuo trapianto dell'istituto d'oltreoceano in un sistema a tradizione continentale quale il nostro: cfr., AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit. p. 31.

⁷⁸² NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del convegno di Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, p. 21.

⁷⁸³ AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit. p. 32.

⁷⁸⁴ *Mutatis mutandis*, questo è il rischio paventato da GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 372, in relazione alle ultime modifiche relative agli artt. 292 e 309 c.p.p.

ministero; b) il potenziamento della giurisdizione di garanzia del giudice per le indagini preliminari.

Il ragionevole dosaggio di questi due criteri direttivi permetterebbe di contenere entrambi i rischi che caratterizzano il largo impiego dello strumento cautelare e cioè sia l'eccessivo utilizzo in termini quantitativi della cautela in funzione anticipatrice della pena, da un lato, sia il dilatarsi dei tempi del processo per l'imputato detenuto, dall'altro.

È infatti evidente che, in un sistema ove spiccano carenze strutturali, economiche e di risorse materiali, l'elevazione della cautela a strumento ordinario di gestione del processo (in relazione, per lo meno, ai procedimenti aventi a oggetto i reati più gravi⁷⁸⁵) implica anche la tendenza alla sovrapposizione del tempo dell'una all'altro⁷⁸⁶.

Poiché però la "pressione" indotta dal rischio della scarcerazione dell'indagato per decorrenza dei termini di fase della misura è sovente sterilizzata, giacché «il momento dell'estinzione "automatica" del titolo cautelare scatta quasi sempre al raggiungimento dei cosiddetti limiti "finali"»⁷⁸⁷, il procedimento penale non conosce alcun effettivo meccanismo in grado di garantire, con certezza, il rispetto del principio di ragionevole speditezza, così da spostare il rischio delle lungaggini, delle inefficienze e dei tempi morti processuali non sullo Stato – che pure deve tutelare i fondamentali diritti dell'individuo ristretto *in vinculis* – bensì sul cittadino.

La frattura da ricomporre andrebbe individuata, dunque, nella modalità con cui il processo di merito viene innescato una volta che sia stato esercitato con profitto il potere cautelare. Forti delle conclusioni cui si è giunti *retro*, il punto di raccordo può allora rinvenirsi nella nozione di «gravi indizi di colpevolezza».

Aderendo alla granitica giurisprudenza costituzionale⁷⁸⁸ e di legittimità⁷⁸⁹, il presupposto necessario per la proficua attivazione dell'azione cautelare si sostanzia nella presenza, nel paniere probatorio dell'accusa, di elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che, pur senza raggiungere lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio, siano tali da fondare una qualificata ed elevata probabilità di colpevolezza. Ciò a cui è chiamato il giudice della cautela è, dunque, un giudizio prognostico/dinamico completo, pur se *rebus sic stantibus*, implicante un approfondito accertamento di tutti gli elementi della corrispondente fattispecie penale, non esclusi la punibilità e il *quantum* di pena irrogabile in concreto⁷⁹⁰, superiore alla soglia entro la quale è prevedibile la sospensione condizionale e, a partire dal 2014 benché

⁷⁸⁵ La prassi è, però, orientata in un senso ancora più rigoroso. L'utilizzo della misura cautelare è spesso invocato anche in relazione a delitti la cui gravità, anche in ragione della cornice edittale, è del tutto ordinaria: fattispecie quali le resistenze a pubblico ufficiale (artt. 336-337 c.p.), i furti monoaggravati (624-bis e art. 625, co. 1 c.p.), la ricettazione (art. 648 c.p.) e finanche lo *stalking* (art. 612-bis c.p.) sono connotate da una notevole richiesta cautelare, anche custodiale, a fronte di un esito dibattimentale molto lontano, ordinariamente, dalla soglia dei quattro anni di reclusione irrogati in concreto (art. 656 c.p.p.).

⁷⁸⁶ Spunti già in FERRUA, *I termini massimi della custodia cautelare al centro della riforma*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, p. 255 ss. e, più recentemente, ID., *Realtà e finzione sulla durata della custodia cautelare*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001, p. 24.

⁷⁸⁷ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 829.

⁷⁸⁸ C. cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1498 s. in tema di incompatibilità del giudice e C. cost. 24 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1131 s.

⁷⁸⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Cass. pen.*, 2003, p. 396 s. e Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, Spennato, in *Guida al dir.*, 2006, n. 44, p. 50 s. e in *C.E.D. Cass.*, n. 234598; conf., Cass., Sez. III, 26 ottobre 2006, P.M. in proc. Gaudio, in *C.E.D. Cass.*, n. 235521; Cass., Sez. I, 20 settembre 2006, Mazza, in *C.E.D. Cass.*, n. 234897; Cass., Sez. I, 9 maggio 2006, Liang, in *C.E.D. Cass.*, n. 234890.

⁷⁹⁰ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 834 s. e, analiticamente, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 107 s.

per le sole misure custodiali, anche a quella in forza della quale è possibile approdare a trattamenti sanzionatori extracarcerari⁷⁹¹: non basta più, in altri termini, che l'esito del giudizio di responsabilità sia positivo, ma si deve potere tradurre in un'effettiva privazione della libertà personale.

Per quanto l'ultimo tentativo di limitare il ricorso alle misure custodiali sia stato ampiamente ridimensionato in sede di conversione del decreto legge citato⁷⁹², la novella costituisce un prezioso punto di riferimento per le nostre riflessioni. Essa testimonia la profondità della valutazione che il giudice della cautela è chiamato oggi a svolgere, tale da arrestarsi... soltanto in prossimità delle porte di accesso all'istituto penitenziario.

Parrebbe dunque se non superata, quantomeno sfumata dall'evoluzione del diritto positivo la catalogazione in termini di staticità della prognosi compiuta in fase cautelare. Ebbene, se a scolorire è il dato della "staticità" della valutazione – caratteristica elevata a segnare il *discrimen* rispetto alla delibazione sottesa al rinvio a giudizio, tradizionalmente catalogata in termini di "dinamicità"⁷⁹³ – l'unico elemento realmente idoneo a segnare lo stacco tra i due apprezzamenti rimarrebbe l'evanescente parametro della completezza delle indagini preliminari.

Criterio che, tuttavia, è relazionale per definizione⁷⁹⁴. L'indagine potrebbe dirsi completa, ossia svolta in tutte le direzioni possibili, ma i suoi risultati inidonei a sostenere l'imputazione in giudizio (abbreviato): nessuna pista è stata trascurata, ma l'ipotesi investigativa non si è estrinsecata in potenziali prove, spendibili proficuamente a giudizio. Viceversa, le attività di ricerca potrebbero essere ancora soltanto parziali, perché suscettibili di possibili sviluppi, eppure comunque già in grado di offrire un solido sostegno all'accusa.

⁷⁹¹ Sull'art. 275, comma 2-bis c.p.p., modificato con l'art. 8 d.l. 26 giugno 2014, n. 92 (conv. con l. 11 agosto 2014, n. 117) si v. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014. Critici anche FIORE, *Maneggiare con cautela*, ivi, 10 novembre 2014 e DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275, co. 2-bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, ivi, 22 settembre 2014.

Si noti che, dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656, co. 5 c.p.p. operata da Corte cost., 2 marzo 2018, n. 41 in *Giur. cost.*, 2018, p. 500, con nota di VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistemici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, potrebbero derivare effetti collaterali capaci di riverberarsi sino alla disposizione oggetto del presente studio. Così, lo stesso A., *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, n. 4, 2018, p. 91. D'altronde, il collegamento tra le due disposizioni è lampante e la *ratio* della novella di cui all'art. 275, comma 2-bis c.p.p. è tutta da ricercare in detta connessione, cfr. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 37.

La corte di cassazione, tuttavia, in una recente pronuncia ha espresso un parere opposto: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 2-bis, c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude l'applicabilità della custodia cautelare nei casi in cui sia prevedibile l'irrogazione di una pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro, come previsto dall'art. 656, comma 5, c.p.p., nel testo risultante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ad opera della sentenza n. 41 del 2018, non essendo ravvisabile alcuna irragionevolezza nella diversa individuazione del limite di pena, attesa la differente finalità dei due istituti, che consiste, nel primo caso, nel ridurre il ricorso alla custodia e, nel secondo, nel salvaguardare gli obiettivi di risocializzazione, propri esclusivamente della fase esecutiva», così Cass., sez. I, 28 febbraio 2019, n. 18891, in Cass. C.E.D., Rv. 275480.

⁷⁹² GREVI (agg. CERESA GASTALDO), *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 371.

⁷⁹³ Per tutti il già citato GIOSTRA, *Una norma in "difficoltà di senso": il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006, dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, p. 341; in giurisprudenza, Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, cit., p. 1138-1139.

⁷⁹⁴ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 840: «la completezza non è un valore assoluto, ma un connotato della fase preliminare che va necessariamente valutato in relazione al grado di concreta conclusione dei risultati».

Quest'ultimo è il caso dell'indagato detenuto e «ritenere che l'esigenza di approfondimento investigativo dell'accusa legittimi (pur in presenza di elementi sufficienti a instaurare di già il processo) il differimento del dovere di agire, con la conseguente protrazione dello stato detentivo, altro non significa che lasciare al pubblico ministero piena discrezionalità sul momento dell'azione»⁷⁹⁵.

Un simile limbo non pare altrimenti giustificabile se non con il ricorso all'argomento dell'autonomia dei procedimenti, di merito e cautelare. L'asserita autonomia dei due procedimenti, così come tramandata dall'impostazione tradizionalmente accolta, implica esattamente che il pubblico ministero non subisca alcun condizionamento nell'esercizio dell'azione penale dall'aver già proficuamente agito in sede cautelare.

Egli anzi rimane nella libertà di protrarre le investigazioni per tutto il tempo residuo, nei limiti della loro massima estensione; chiuderle e optare per l'inazione (l'appiglio normativo è rinvenuto l'art. 409, co. 1, secondo periodo); o ancora, esercitare l'azione penale per un titolo di reato differente da quello ravvisato dal giudice della cautela.

Ci si dovrebbe invero interrogare circa l'opportunità che il pubblico ministero possa non formulare ancora l'imputazione anche laddove abbia provocato il sacrificio *ante iudicium* della libertà personale dell'indagato e nonostante il proficuo impiego di materiale idoneo a pronosticarne la qualificata probabilità di condanna.

In altri termini, il tema concerne il quesito se l'azione cautelare implichi altresì il dovere di avviare subito il processo⁷⁹⁶, cioè l'entrata in scena di un imputato e un'imputazione, secondo una linea di indirizzo propria già della legge delega⁷⁹⁷.

Al fine di annullare o contenere l'inammissibile discrezionalità del pubblico ministero, che in realtà rischia di tramutarsi in arbitrio, nell'attivazione celere del processo all'imputato detenuto sono ipotizzabili alcune proposte idonee a fungere da contropeso al potere esercitato del *dominus* delle indagini.

Un primo, possibile rimedio risiede nell'introduzione di «talune, significative, finestre di controllo giurisdizionale nelle indagini preliminari»⁷⁹⁸, piuttosto che prevedere o implementare interventi di tipo gerarchico e disciplinare sul pubblico ministero ipoteticamente negligente.

2. Una prima opzione. Dei pregi e dei difetti.

La prima, e quanto ci risulta unica, tesi in dottrina cimentatasi con le tematiche oggetto del presente studio muove da un presupposto valoriale, prima che di metodo o di diritto: dietro ai rapporti tra incidente cautelare e processo di merito rischia di celarsi «una delle più clamorose truffe mai consumate ai danni dell'indagato detenuto»⁷⁹⁹.

L'adesione alla tesi tradizionale (e maggioritaria), cui si è dato ampio spazio *retro*, circa i rapporti tra subprocedimento incidentale e processo principale è veicolata quale forma

⁷⁹⁵ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 840.

⁷⁹⁶ Sia permesso il rinvio a MALERBA, *Nessun controllo sull'azione penale in caso di domanda cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4628 s.

⁷⁹⁷ Cfr. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi e Bargis, Padova, 2014, p. 518.

⁷⁹⁸ CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, in www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/_Relazione_Primo_Presidente_AnnoGiudiziario_26_01_2017_.pdf, 26 gennaio 2017, p. 36.

⁷⁹⁹ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 834.

massima di garanzia per l'imputato, protetto dal pregiudizio che fatalmente schiaccerebbe il giudice del dibattimento ove egli fosse permeabile agli esiti della cognizione cautelare.

Purtroppo, come si è accennato, grazie alla presenza nelle trame codicistiche di disposizioni quali l'art. 432 c.p.p. il giudice del merito è nella piena, legittima disponibilità di quegli atti sin dal momento in cui il fascicolo del dibattimento perviene presso la sua cancelleria.

In ossequio a tanta autonomia, quindi, si conseguono tre risultati, tutti opinabili a giudizio di chi scrive. *In primis*, il meccanismo descritto è tutto fuorché idoneo a prevenire e governare efficacemente il rischio che il giudice chiamato a pronunciare sul merito dell'accusa sia pregiudicato dalla previa conoscenza – per certi versi, obbligata – di fondamentali atti d'indagine.

In secondo luogo, forse paradossalmente, l'imputato è posto in una posizione addirittura deleteria rispetto a quella che avrebbe vissuto sotto l'impero del vecchio codice e della giurisdizione del giudice istruttore: in quel sistema, infatti, il giudice del dibattimento conosceva sì gli atti generati anteriormente, ma quelli rivestivano – per lo meno – piena e autentica natura giurisdizionale, per essere stati formati alla presenza di un giudice e non di un investigatore di parte.

Infine, per quanto attiene al terzo e ultimo protagonista del rapporto triadico, il pubblico accusatore, il riflesso del principio di autonomia si esplica in una libertà d'azione nell'instaurare il giudizio di merito che francamente lascia perplessi alla luce dell'art. 112 Cost.⁸⁰⁰. La lente focale è talmente schiacciata sulla asserita – ma tutta da dimostrare, ci sia concesso – garanzia dell'indagato, da distorcere, in un gioco di rifrazione, ciò che accade nel campo della parte contrapposta. Non accade nulla; il sistema non reagisce in alcun modo all'attivazione, da parte del pubblico ministero, del potere cautelare.

La proposta avanzata, dunque, si caratterizza per essere animata dal fine prioritario di ridurre le tempistiche per i processi con imputati detenuti e si propone di incidere, prioritariamente anche se non esclusivamente, sui tempi dell'azione penale in tutte le eventualità in cui il subprocedimento cautelare sia stato attivato con successo, indipendentemente dalla sua tenuta presso il tribunale del riesame⁸⁰¹.

Tirando le fila di molti degli argomenti approfonditi nel corso del presente studio, si può allora tentare di pervenire a qualche conclusione. Se il processo al detenuto dev'essere instaurato celermente, postulando l'art. 112 Cost. anche un dovere di ragionevole tempestività nella coltivazione dell'azione; se ci si giova degli approdi cui parte della dottrina e della giurisprudenza è pervenuta in merito alla consistenza dei gravi indizi di colpevolezza si può allora giungere a ribaltare la prospettiva sviluppata dal legislatore del 2006 e ragionare in termini speculari, ma parimenti “condizionanti”.

Si può, cioè, correttamente rimarcare che gravità indiziaria e sostenibilità dell'accusa rimandino a concetti non interamente sovrapponibili, come la vicenda dell'art. 405, co. 1-bis

⁸⁰⁰ GIOSTRA, *Una norma in “difficoltà di senso”*, cit., p. 343 secondo cui «se gli elementi acquisiti fanno presumere al pubblico ministero che, anche a seguito delle possibili integrazioni che lasciano già intravedere, potrà sostenere con successo l'accusa, deve promuoverla».

Spunto interessante in DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, dir. da Amodio-Dominioni, III, Giuffrè, 1989, p. 5 secondo cui il giudizio prognostico di probabile condanna, presupposto per il legittimo esercizio del potere cautelare, «è lo stesso giudizio che si ritrova nell'atto di imputazione e che quindi presiede all'inizio dell'azione penale». Lo stesso A., a p. 6, specifica anche che il superamento del guado dell'udienza preliminare non equivale, automaticamente, a dare «senz'altro per sussistente il requisito dei gravi indizi».

⁸⁰¹ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 837.

c.p.p. ha lucidamente insegnato, ma crea disorientamenti sostenere che trattasi di valutazioni del tutto eterogenee⁸⁰²: α (presupposti cautelari) e β (sostenibilità dell'accusa) sono valutazioni autonome, perché la mancanza del primo non condiziona il secondo, così come la presenza di β non condiziona α . Allora, si desume tradizionalmente, anche la presenza di α non condiziona β .

Tuttavia, la conclusione sarebbe logicamente corretta soltanto se fosse dimostrato che i due fattori sono in relazione biunivoca. Assunto che nessuno ha mai affermato.

Si può, evidentemente, esercitare l'azione penale – e questa superare anche il guado dell'udienza preliminare – senza la previa valutazione in sede cautelare della gravità indiziaria, ma non può essere vero anche il contrario: non può cioè esservi azione cautelare – nei termini impegnativi postulati dalla giurisprudenza di legittimità a sezioni unite – senza che, parimenti, sia possibile formulare un'imputazione e sottoporla al giudizio di sostenibilità⁸⁰³. Ciò in quanto il giudizio di gravità indiziaria è connotato da «ben altra consistenza qualitativa e quantitativa rispetto alla regola *iuris* propria del rinvio a giudizio»⁸⁰⁴.

Laddove, in altri termini, la condanna appaia altamente pronosticabile al rappresentante della pubblica accusa, con pari giudizio dell'autorità giurisdizionale deputata ad autorizzare il sacrificio della libertà personale dell'indagato, alla parte – per quanto pubblica – non deve essere riconosciuta la libertà di tergiversare e non reputare ancora doverosa la formulazione di un'imputazione.

Il profilo da mettere a fuoco attiene, dunque, al rapporto tra azione cautelare e penale, declinato tuttavia non più in chiave negativa – di inazione, laddove manchino i gravi indizi – ma, all'opposto, in positivo, come possibilità di condizionare attivamente il pubblico ministero allorché sia stata disposta una misura cautelare (quantomeno di tipo custodiale) a un *facere* specifico ovvero a formulare l'imputazione entro un termine perentorio⁸⁰⁵.

Rinviando a quanto detto circa i rapporti tra azione penale e gravità indiziaria, preme ora sottolineare quello che è stato efficacemente definito uno «schizofrenico sdoppiamento di personalità del pubblico ministero»⁸⁰⁶: sicuro di sé e convinto della gravidanza e conclusione degli atti raccolti, idonei a superare il severo scoglio cautelare, quando attiva il procedimento *de libertate*; incerto, dubbioso e bisognoso di ulteriore tempo per completare le indagini e ricercare riscontri, quando invece si tratta di dover esercitare l'azione penale nei confronti del detenuto. Eppure lo schema delineato dall'art. 292, co. 2 c.p.p. ricalca ciò che, a tutti gli effetti, può ben definirsi un capo d'imputazione⁸⁰⁷.

Se così è, invero, la misura cautelare «esige l'avvio del processo» perché la valutazione sottesa all'art. 273 c.p.p., se ricostruita nei termini noti, non può non racchiudere in sé il più blando requisito dell'idoneità degli atti a sostenere l'accusa in giudizio. Il pubblico ministero, avanzando la più impegnativa prognosi di colpevolezza a fini *de libertate*, non può essere lasciato libero di nascondere, dietro il paravento del più tenue parametro della sostenibilità dell'accusa in giudizio, altri e innominati intenti.

⁸⁰² Così, invece, AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, n. 3, 2013, p. 48.

⁸⁰³ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 839.

⁸⁰⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, cit.

⁸⁰⁵ In questo senso, appaiono non del tutto fondate le remore espresse da ADORNO, *La richiesta «coatta» di archiviazione*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scafati, Milano, 2006, p. 34.

⁸⁰⁶ In termini molto efficaci, CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 839.

⁸⁰⁷ Di questo parere, oltre all'A. citato nella nota precedente, anche CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 518.

Ecco allora che – in aderenza al brocardo *electa una via, non datur recursus ad alteram* – il pubblico ministero dovrebbe essere sempre vincolato a non cadere in contraddizione con se stesso. Chiesta e ottenuta, nel momento che ritiene più opportuno per il soddisfacimento delle proprie strategie investigative⁸⁰⁸, la custodia in carcere dell'indagato, a questa dovrebbe seguire invariabilmente la repentina chiusura delle indagini preliminari, con notifica del relativo avviso, la piena *discovery* di tutti gli atti raccolti e il pubblico accusatore prepararsi, entro un breve termine perentorio, a cristallizzare il capo d'imputazione al fine di sottoporlo al vaglio giurisdizionale dell'udienza preliminare.

In effetti, se la gravità indiziaria è autentica e «non è invece il riflesso deformato di apparenze o presunzioni»⁸⁰⁹, essa è idonea a garantire anche il pieno rispetto del *favor actionis* sottostante alla disciplina dell'archiviazione, come delineato dall'art. 125 disp. att. c.p.p. e messo a punto dalla giurisprudenza costituzionale.

Infatti, laddove il pubblico ministero ritiene di disporre di elementi indiziari «gravi», sulla base dei quali innescare proficuamente il potere cautelare, non è razionale – né rispettoso di una declinazione moderna del canone di parità delle parti processuali, per lo meno nell'istante in cui viene leso il diritto fondamentale alla libertà personale dell'individuo – consentire che egli possa proseguire per mesi l'investigazione sul presupposto implicito di non essere ancora in grado di sostenere, utilmente, un'accusa in giudizio.

In questa prospettiva, un equo bilanciamento tra opposte esigenze, che tenga però conto della priorità assiologica assegnata al bene della libertà personale dall'art. 13 Cost., potrebbe rinvenirsi in una sequenza procedimentale dai ritmi serrati che costringa l'inquirente – ottenuta la carcerazione *ante iudicium* dell'indagato – a chiudere le indagini preliminari entro un termine assai ristretto, declinabile a giorni, quindi depositare il fascicolo e richiedere il rinvio a giudizio.

Ciò che conta, in ultima analisi, è solo che pubblico ministero e giudice della cautela concordino, per quel che qui rileva, sul quadro di gravità indiziaria; sarà compito dell'udienza preliminare – «filtro severo» delle imputazioni azzardate⁸¹⁰ – garantire contro il rischio di accuse prive del necessario sostrato indiziario, previa eventuale attivazione dei poteri di completamento istruttorio riconosciuti dagli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p.

Questa tesi, dalla evidente portata innovatrice, si espone tuttavia a un'obiezione. La differenza tra i parametri evocati – indizi cautelari da un lato, elementi per sostenere l'accusa in giudizio dall'altro – si rinviene sul terreno qualitativo, più che su quello quantitativo. Non è, cioè, questione di quanti elementi occorranza per determinare i propri effetti giuridici o di quanto pregnanti e concludenti essi siano per formulare l'una valutazione o l'altra; il *discrimen* attiene alla stabilità della piattaforma cognitiva sulla cui base la prognosi viene effettuata.

La gravità indiziaria consta di un giudizio pur sempre condotto allo stato degli atti, ma (teoricamente) suscettibile di repentina smentita e soggetto a continua rivasitazione in virtù

⁸⁰⁸ Critico sul termine “strategie”, impiegato tuttavia dalla Corte costituzionale sin dal 1995 per descrivere i margini operativi dell'azione del pubblico ministero, NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di Cagliari, 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 70.

⁸⁰⁹ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 836.

⁸¹⁰ GIOSTRA, *Una norma in “difficoltà di senso”*, cit., p. 344.

del progredire delle investigazioni, fluide per definizione⁸¹¹ (anche se la prassi, sovente, è nel senso della presentazione al giudice per le indagini preliminari dell'intero fascicolo investigativo, in prossimità della conclusione delle indagini). Il pubblico ministero può dunque ben formulare, oggi, un apprezzamento di elevata probabilità di condanna dell'indagato, pur consapevole che, domani, il quadro indiziario potrebbe arricchirsi di nuovi elementi investigativi in grado di incrinare o addirittura sovvertire i precedenti approdi.

La valutazione sottostante al binomio azione/inazione è, viceversa, caratterizzata da un quadro investigativo tendenzialmente completo⁸¹² e, quindi, meno esposto a instabilità fisiologica.

Costringere in ogni caso il pubblico ministero, indipendentemente dalle variabili del caso concreto, per ogni procedimento al cui interno abbia attivato la corsia cautelare a chiudere le indagini in pochi giorni e a formulare l'imputazione, così deprivandolo sempre del residuo arco temporale deputato al completamento delle stesse, può non essere opportuno ogniquale volta sia ragionevolmente prevedibile un consistente, qualitativo scarto conoscitivo tra la piattaforma cautelare e il complessivo quadro investigativo di cui si potrebbe disporre a dibattimento.

Di questo fisiologico scarto, occorre tuttavia tenere debitamente conto se non si vuole correre il rischio di amputare di fatto l'indagine preliminare di una parte della propria durata e di permettere una ricostruzione eccessivamente formalistica del processo penale quale, forse, pura contesa.

3. Una seconda opzione: la rivalutazione dell'art. 3, co. 2 d. lgs. 20 febbraio 2006, n. 106.

Una seconda, possibile modalità attuativa di forme oculate, dosate di condizionamento nell'esercizio dell'azione penale si potrebbe ravvisare nella rivisitazione di un meccanismo oggi previsto – per finalità distinte da quelle qui in esame – in una disposizione “periferica” qual è l'art. 3 del d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 (approvato in esecuzione dell'art. 1, co. 1, lett. d, l. n. 150 del 2005) avente ad oggetto la riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero⁸¹³.

La *voluntas legis* della novella, in generale, è da ravvedersi nell'intenzione di operare «una forte accentuazione del rapporto gerarchico tra i magistrati del pubblico ministero»⁸¹⁴, nell'ottica di una maggiore standardizzazione di prassi e uniformità di indirizzi applicativi, resi coerenti rispetto a unitarie linee guida imposte dal vertice.

Per quanto concerne, in particolar modo, la formulazione letterale del comma 2 della disposizione citata – «l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4, è necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali» – induce

⁸¹¹ DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, Padova, 1953, p. 45 qualificava l'indagine nei termini di «realtà mobilissima».

⁸¹² Per tutti, CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso-Grevi-Bargis, 7^a ed., Padova, 2014, p. 521 e Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115 in *Giur. cost.*, 2001, p. 917 s.

⁸¹³ Cfr. MELILLO, *L'organizzazione della procura della Repubblica*, in *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di Carcano, Milano, 2009, p. 211 s.; MURA, *L'ufficio del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 165 s.

⁸¹⁴ CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal Procuratore della Repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4167.

l'interprete a interrogarsi circa l'opportunità dell'istituzione di momenti di raccordo e di centralizzazione nell'instaurazione dell'iniziativa cautelare, al fine di contenere, se non addirittura eliminare del tutto il pericolo proveniente da «iniziative anomale, eccezionali o irragionevoli di singoli sostituti»⁸¹⁵.

Perseguire l'uniformità di giudizio e di applicazione pratica, in un settore tanto delicato quanto fondamentale per gli equilibri processuali quale quello della salvaguardia del diritto alla libertà personale dell'inquisito, importa inevitabilmente un restringimento dell'autonomia decisionale del singolo magistrato, benché tale sacrificio rinvenga ragionevole giustificazione nella finalità del «corretto perseguimento di linee uniformi di indirizzo e di condotta dell'ufficio di procura, rispetto a quella che può ben dirsi intrinsecamente la più rilevante delle attività affidate all'organo dell'investigazione e dell'accusa»⁸¹⁶.

L'aspetto che, forse, ha però suscitato maggiori riserve – benché la novella si sia limitata, in certo modo, a recepire una prassi, quella del “visto”, già diffusa in alcune Procure⁸¹⁷ – attiene alla concreta modalità operativa mediante la quale è stato perseguito il proposito di innalzare il livello di tutela dell'*habeas corpus*. E cioè, proteggere l'indagato da un flusso giudicato eccessivo di richieste cautelari mediante il coinvolgimento del vertice dell'ufficio inquirente, in funzione di argine o calmiera contro iniziative azzardate condotte in autonomia dal magistrato affidatario dell'indagine⁸¹⁸.

La strada prescelta, in effetti, ha rappresentato però poco più che una scappatoia di comodo, dall'esito tutt'altro che sicuro. Ammesso che sia realmente fondato il timore legislativo di un pubblico ministero propenso a scelte cautelari azzardate, persecutorie o controproducenti, la riforma mostra però di ritenere «evidentemente insufficiente il presidio offerto dalla riserva al giudice della decisione cautelare... sottoponendo il *petitum* del sostituto al potere di selezione del dirigente»⁸¹⁹.

Anziché convogliare le attenzioni verso più meditate e strutturali implementazioni dei connotati genetici del provvedimento cautelare, della qualità del contraddittorio tra le parti ovvero della terzietà dell'organo deputato a emettere l'ordinanza restrittiva, il legislatore ha mostrato però di cadere in un vizio logico che disvela il malinteso della riforma: l'attribuzione di una funzione prettamente di garanzia – parallela a quella rappresentata dall'intervento del giudice in materia *de libertate* – al rapporto gerarchico tra Procuratore della Repubblica e suoi sostituti. Rapporto per sua natura, tuttavia, poco funzionale allo scopo perseguito⁸²⁰.

La riforma, in effetti, permette di essere analizzata anche da un altro punto di vista. Ci si riferisce all'annosa *querelle* sorta in merito alla presunta, eccessiva remissività o vicinanza del giudice per le indagini preliminari nei confronti dell'organo dell'accusa⁸²¹.

⁸¹⁵ CISTERNA, *Risolvere in tal modo il dissidio interno priva di una espressa garanzia l'imputato*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. n. 13, p. 88.

⁸¹⁶ Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 8388, Novì, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4163.

⁸¹⁷ MELILLO, *L'organizzazione della procura della Repubblica*, cit., p. 277.

⁸¹⁸ CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita*, cit., p. 4168.

⁸¹⁹ CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita*, cit., p. 4168.

⁸²⁰ Tutta l'intelaiatura del codice del 1988 poggia, in estrema sintesi, su un architrave ben preciso: l'attribuzione, in via esclusiva, al giudice della funzione di garanzia dei diritti dell'individuo: cfr. GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 481 s.; ID., *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1280 s.

⁸²¹ Si rinvia a quanto analizzato *retro*, nel Cap. I di questo studio. In questa sede ci si limita a riportare due celebri definizioni offerte da NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione*

Nonostante la (larvata) intenzione legislativa fosse quella di contenere – attraverso l'introduzione di un filtro preventivo – l'eccessivo ricorso alle misure cautelari, in specie di quelle *ante iudicium*, la sua concretizzazione rivela invece, e paradossalmente, l'evidente rischio di incentivarne l'impiego. Se, infatti, da un lato, il previo assenso scritto del Procuratore della Repubblica non si presta ad alcun controllo «sulla qualità (e persino sull'effettività) del vaglio operato dal superiore», non v'è chi non veda come – specialmente se l'ufficio inquirente gode di un notevole peso mass-mediatico – l'autorevolezza della firma del dirigente, posta in calce a quella del suo sostituto, finisca per alimentare ulteriormente la «pressione della procura sul giudicante»⁸²².

Laddove però si volesse provare a ragionare circa l'esportabilità di un siffatto meccanismo, ora limitato al tema dell'introduzione dell'istanza cautelare, al problema che ci occupa, lo si potrebbe così configurare.

Il pubblico ministero titolare dell'indagine, laddove si determini per inoltrare all'organo giurisdizionale la richiesta di misura cautelare di tipo custodiale, potrebbe essere costretto – *id est*, condizionato – a sottoporre al proprio dirigente gerarchico l'intero compendio investigativo fino a quel momento raccolto, al fine di munirsi di un suo preventivo *placet* autorizzatorio.

Il Procuratore della Repubblica si vedrebbe allora incaricato del potere di vagliare l'esito e la compiutezza delle indagini sin lì espletate dal proprio sostituto e, laddove le ritenesse mature per il passaggio alla fase processuale, prestare il proprio «assenso scritto» così da imprimere una direzione unilaterale agli sviluppi – almeno per quanto concerne i tempi e lo sbocco – dell'inchiesta, avviandola a sicura e pronta conclusione.

Per questa via, la tipologia di controllo che sopra si è immaginata poggiare interamente sulla figura del giudice per le indagini preliminari verrebbe qui a scaricarsi sul Procuratore della Repubblica, nel momento in cui questi fosse chiamato ad avallare l'iniziativa *de libertate* del sostituto.

Sarebbe cioè il dirigente apicale – soggetto certo più idoneo di un giudice, per affinità di funzione e preparazione specifica – a scandagliare il fascicolo investigativo per verificare se, oltre al semaforo verde per la domanda cautelare, sia anche doveroso condizionare il proprio sostituto a una celere instaurazione dell'azione penale, sussistendone ormai tutti i requisiti.

Nell'ipotesi contraria, viceversa, cioè di semplice conclusione soggettiva eppure di non ancora compiutezza dell'indagine, al Procuratore sarebbe invece attribuito il compito di autorizzare soltanto il prosieguo dell'iniziativa cautelare, rimettendo invece la definitiva coltivazione dell'inchiesta alle mani del titolare della stessa, libero, pur nei limiti delle barriere temporali di cui agli artt. 406 e 407 c.p.p., di proseguire ordinariamente nella propria attività investigativa.

Un tale meccanismo avrebbe il pregio di garantire massima omogeneità nella valutazione rimessa all'organo inquirente, ossia di vagliare – alla stregua dei ben noti criteri dettati dagli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., da parte dell'organo istituzionalmente deputato al governo dell'azione penale – la sussistenza degli elementi per esercitare proficuamente l'azione stessa.

penale, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 178, secondo cui la figura del G.i.p. rischia di risolversi in un garante «di cartapesta», «senza braccia [e] senza occhi», in *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 71.

⁸²² Entrambe le citazioni sono tratte da CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita*, cit., p. 4169.

Per tale via verrebbe inoltre ridotta al minimo ogni interferenza o indebita sovrapposizione tra sindacato simultaneo sulla sussistenza tanto dei requisiti cautelari quanto di merito, poiché il raccordo tra *actio libertatis* e azione penale si verrebbe a declinare soltanto in termini di mera contestualità cronologica, una volta superato lo scoglio – per il pubblico ministero – del passaggio c.d. interno presso il Procuratore Capo.

In altri termini, si tratterebbe di individuare una fase procedimentale in cui il pubblico ministero venga chiamato – seppure indirettamente, in quanto l’attivazione del controllo continuerebbe a dipendere pur sempre da una sua scelta discrezionale circa l’*an* e il *quando* presentare la domanda cautelare – a subire un esame circa lo stato di completezza dell’inchiesta sin lì condotta.

La teoria abbozzata potrebbe anche essere così riassunta: nel momento in cui il pubblico ministero intenda agire sul terreno cautelare, sappia che dovrà previamente inoltrare al Procuratore della Repubblica l’intero fascicolo sin lì raccolto, al fine di ottenere il doveroso assenso scritto del dirigente apicale; ma sappia anche che il Procuratore vaglierà gli atti investigativi onde valutare altresì se sussista già materia sufficiente per formulare anche un’imputazione.

Si tratterebbe, tuttavia, di una forma piuttosto debole di condizionamento, e ciò almeno per un’ovvia ragione: l’attività di controllo è rimessa allo stesso organo-ufficio cui appartiene il controllato. Qui si annida l’intrinseca debolezza di una tale proposta.

Le criticità di tale modello, in ogni caso, sono molteplici e tali, in ultima analisi, da non renderlo preferibile a quello analizzato nel precedente paragrafo.

Anzitutto, si ripropone lo stesso dubbio sollevato dal C.S.M. in merito all’art. 3, co. 2 cit. ovvero che una tale previsione, «finalizzata ad accentrare il controllo dell’intero operato dell’ufficio nella persona del solo dirigente, rischia di apparire poco rispettosa dei più elementari criteri di speditezza ed efficienza»⁸²³.

In altri termini, si tratterebbe di una disposizione normativa destinata a rimanere ignorata dalla pratica, specialmente nelle procure di dimensioni maggiori: immaginare, d’altronde, che un singolo magistrato possa svolgere il compito di cui si discorre è utopistico, prima ancora che improbo⁸²⁴.

Si dovrebbe pervenire, quindi, a un sistema – più o meno fitto – di deleghe o preventive autorizzazioni, sulla falsariga di quanto l’art. 3, co. 2 prevede tutt’oggi e dare per scontato che nelle strutture complesse l’adempimento venga curato dal Procuratore aggiunto o da un magistrato appositamente delegato.

Eppure, anche in quest’ultima eventualità, non si può escludere che una siffatta procedura si tramuterebbe in un formidabile meccanismo d’intralcio all’indagine, senza peraltro offrire idonee garanzie all’indagato in merito alla tutela dell’interesse a essere portato con celerità di fronte al giudice del dibattimento.

Infatti, la prassi potrebbe assestarsi su due modalità applicative opposte, benché parimenti insoddisfacenti in quanto entrambe estreme. Da un lato, la necessità per il dirigente o per il delegato di beneficiare di un congruo lasso temporale per lo studio dell’intero fascicolo – o quantomeno, di quelli maggiormente delicati e dai risvolti più controversi – si scontrerebbe

⁸²³ C.S.M. Parere 20 dicembre 2005 sulle Norme in materia di organizzazione dell’Ufficio del Pubblico Ministero in attuazione degli articoli 1, co. 1, lett. d) e 2, co. 4, della legge 25 luglio 2005, n. 150, in *Dir. e giust. Quotidiano*, 21 dicembre 2005.

⁸²⁴ Si potrebbe riproporre, infatti, lo stesso dubbio risolto da Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 8388, *Novi*, cit., in merito alle conseguenze processuali – inammissibilità, nullità o mera irregolarità – di eventuale attività procedimentale compiuta dal p.m. inadempiente all’obbligo di munirsi del previo assenso scritto del dirigente.

fatidicamente con la fisiologica esigenza, tipica dello strumento cautelare, che la misura sia vagliata dal giudice il prima possibile⁸²⁵; dall'altro, e specularmente, proprio per non frustrare il buon esito dell'iniziativa *de libertate* senza al contempo sottrarre spazi al proprio sostituto per il perfezionamento dell'impianto accusatorio in vista del contraddittorio con l'inquisito, il Procuratore della Repubblica potrebbe essere indotto a non riconoscere come ancora completa un'indagine che pur lo sarebbe, rimettendo la scelta definitiva al titolare dell'inchiesta, trattandosi del soggetto che meglio conosce ogni risvolto della stessa.

In ogni caso, anche laddove l'assenso scritto fosse concesso, vi sarebbe un'ulteriore ragione per ritenere inopportuna la traduzione in diritto positivo di una simile proposta: il peso psicologico che la richiesta verrebbe in tale modo ad assumere sarebbe così amplificato da aumentare la pressione (già) esercitata dalla Procura sull'ufficio del giudice per le indagini preliminari perfino oltre il perimetro delle indagini stesse, giungendo sino a lambire la figura del giudice dell'udienza preliminare. Quest'ultimo, infatti, sarebbe giocoforza condizionato – in questo caso, del tutto impropriamente – nell'esplicazione della propria funzione di filtro di un'imputazione vistata tanto dal pubblico ministero che ha condotto le indagini quanto dal Procuratore Capo.

Infine, l'ultima obiezione cui tale impostazione si esporrebbe fatalmente è di tipo valoriale.

Laddove entri in gioco il tema, seppure declinato in termini positivi e non già omissivi, dell'esercizio dell'azione penale occorrerebbe sempre tenere bene distinte le funzioni di controllo e garanzia (tipiche della giurisdizione) da quelle più proprie del giudizio di merito o, *a fortiori*, di parte⁸²⁶. La commistione di ruoli che, per tale congegno, si verrebbe fatalmente a creare tra le attribuzioni di parte del pubblico ministero e quelle di garante dei diritti dell'inquisito⁸²⁷, sarebbe tale da segnare una brusca inversione di marcia nel lungo cammino per il raggiungimento di un processo giusto. La funzione di garanzia uscirebbe oltremodo svilta da un meccanismo in forza del quale la tutela del diritto dell'inquisito a una celere instaurazione del giudizio sia rimessa all'organo che investiga e raccoglie elementi di prova sulla cui base ne chiede e ottiene la carcerazione *ante iudicium*, così tuttavia da falcidiare indirettamente la stessa residua durata dell'indagine preliminare.

4. Un'ultima alternativa: disincentivare l'opzione cautelare a "costo zero".

Le due tesi descritte, per quanto originali, prestano entrambe il fianco a perplessità tali da inficiarne la concreta praticabilità: la prima (*retro*, § 2) eccessivamente rigida nel suo automatismo; la seconda (*retro*, § 3) non idonea, per scarsa qualità del controllo e innato rischio di utilizzo improprio, a garantire un esercizio tempestivo dell'azione penale.

Volendo allora allargare l'angolo prospettico e non escludere la necessità di coltivare altri valori, oltre al contenimento della durata della carcerazione preventiva, si può ragionare su un sistema che introduca alcune ragionevoli «finestre di controllo giurisdizionale nelle

⁸²⁵ E ciò in quanto, è banale ma pur sempre doveroso ricordarlo, il vaglio preventivo-autorizzatorio del Procuratore Capo giammai sarebbe tale da esautorare il giudice del potere di emettere l'ordinanza cautelare, unico titolo idoneo a restringere la libertà personale dell'indagato.

⁸²⁶ Cfr., RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 140.

⁸²⁷ Da un controllo del genere verrebbe, in ultima analisi, a dipendere lo stesso *status* di imputato, con tutto ciò che ne consegue in punto di conoscenza degli atti e pubblicità, facoltà connesse all'art. 415-bis c.p.p. e diritto al contraddittorio. Pensare che questi diritti possano dirsi adeguatamente garantiti da un controllo meramente gerarchico, per quanto – si ribadisce – in ottica di positivo esercizio dell'azione penale, non può essere considerato del tutto soddisfacente.

indagini preliminari», alle quali pure si è già fatto cenno, purché al deliberato scopo di ridurre il flusso in entrata di domande cautelari.

Il dato di realtà da cui muovere è difficilmente contestabile. Per il pubblico ministero, la scelta circa l'esercizio dell'azione cautelare è a oggi del tutto «a costo zero»⁸²⁸, se non tale addirittura da presentare obiettivi vantaggi. Alcuni del tutto impropri, quali quello, ad esempio, di propiziare o facilitare condotte collaborative altrimenti non conseguibili⁸²⁹; talaltri fisiologici, laddove è evidente che lo stato detentivo implica, per l'indagato, difficoltà maggiori nella predisposizione della difesa tecnica, *sub specie* di individuazione e raccolta degli elementi di prova, nonché di colloqui con il difensore.

In questo contesto, uno strumento efficace per attenuare almeno in parte la fisiologica disuguaglianza di armi tra parte pubblica e privata durante la fase investigativa, può allora ravvisarsi in un contenimento della libertà (oggi, quasi del tutto incontrollata) dell'accusatore nell'istante in cui opta per il sacrificio della libertà personale dell'indagato.

Una simile operazione, all'insegna del riequilibrio dei poteri tra le parti, dovrebbe essere perseguita anche per un'altra ragione.

Contenere il ricorso allo strumento cautelare è necessario per evitare che l'ordinamento continui a vivere un'anomala contraddizione interna. In un sistema ispirato alla metodologia epistemologica della formazione della prova nel contraddittorio delle parti, poste in posizione di effettiva parità, infatti, occorre viepiù che il procedimento *de libertate* sia limitato ad applicazioni il più possibili minimali, pena il cortocircuito di un sistema che, a fronte della fondamentale regola scolpita nell'art. 111, comma 4 Cost., si mostra anormalmente tollerante verso massicce forme di esercizio del potere coercitivo cautelare che sovente celano larvate anticipazioni della pena, inflitte tuttavia nel difetto del previo accertamento condotto con le regole metodologiche ordinarie.

Le statistiche citate *supra* testimoniano al meglio come, nei fatti, l'applicazione della misura cautelare di massimo rigore non è connotata autenticamente dal carattere di *extrema ratio* che il nuovo codice si proponeva di assegnarle⁸³⁰.

È allora necessario, oggi più che all'indomani del varo del nuovo codice, introdurre modalità procedurali che permettano il pieno rispetto del principio di necessità nell'impiego dello strumento cautelare. Per perseguire questo obiettivo, allora, è necessario che l'instaurazione del processo cautelare sia accompagnata a maggiori e più selettivi controlli sulla complessiva attività svolta dal pubblico ministero, in maniera tale da «disincentivare»⁸³¹ la presentazione dell'*actio de libertate* laddove essa non risulti effettivamente necessaria.

Lo strumento è rappresentato dal potenziamento della cognizione e delle prerogative del giudice per le indagini preliminari nel momento in cui viene investito della domanda cautelare: che il pubblico ministero sia e rimanga libero di richiedere la custodia in carcere nel momento che reputa più opportuno, ma sappia che, se opta per questa via, il giudice è nella possibilità di ordinargli di formulare l'imputazione, secondo una cadenza procedimentale analoga a quella delineata dall'art. 409 c.p.p.

⁸²⁸ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 892.

⁸²⁹ AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 373; ID., *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 3 s.

⁸³⁰ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 891.

⁸³¹ Ancora, DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 893.

Il sostrato dogmatico sul quale fare poggiare questa costruzione è la gravità indiziaria, la prognosi di colpevolezza a fini cautelari, reputata idonea ad assorbire il giudizio – dallo spessore qualitativo assai più modesto – posto a fondamento del decreto che dispone il giudizio⁸³².

Un simile *iter* procedimentale sarebbe tale da imporre al pubblico ministero di prepararsi a sostenere in ogni l'accusa in giudizio in tempi sensibilmente più brevi di quelli ordinariamente previsti.

A tal fine, la congiunzione tra i due segmenti procedimentali, di merito e cautelare, sarebbe rappresentata dal vaglio dell'organo giurisdizionale chiamato a determinare, *ordo iudicis*, l'instaurazione del dibattimento entro un (breve) termine previsto dalla legge.

Affinché il giudice per le indagini preliminari sia però in grado effettivamente di compiere un controllo del tipo di quello in esame, occorrerebbero alcune modifiche di coordinamento alla disciplina del Libro IV.

Il primo, imprescindibile ritocco alle attribuzioni dell'organo giurisdizionale attiene al materiale investigativo fornitogli, di cui occorre abbia una piena cognizione. Già molto si è detto circa la «giurisdizione senza cognizione»⁸³³ del giudice, limitato – per paura di rievocare il fantasma dell'epigono istruttore – nella conoscenza degli esiti investigativi onde scongiurare pregiudizi alle strategie investigative coltivate dall'inquirente. Eppure, nel modello che qui si tratteggia, non è previsto né un potere del giudice di conduzione dell'indagine, né di acquisizione – *ex officio* o su domanda di parte – di elementi probatori; bensì, più semplicemente, un potere di «cognizione degli elementi già raccolti»⁸³⁴.

Che il giudice debba soffrire limitazioni nella cognizione cautelare, per di più imposte dalla parte che si fa portatrice di un interesse contrario alla tutela del diritto alla libertà personale, è frutto di uno strabismo difficilmente giustificabile⁸³⁵: quello, cioè, che tende a sovrapporre in maniera del tutto impropria il diritto alla conoscenza degli atti *a parte iudicis* con quello *a parte accusati*⁸³⁶.

Non v'è alcuna valida ragione per negare al giudice una cognizione panottica⁸³⁷, specialmente se si pone mente che in altri segmenti processuali, per esempio in seno alla procedura di proroga delle indagini, tale preconditione gli è assicurata.

Il malinteso è, tuttavia, amplificato dall'art. 293, co. 3 c.p.p. che, nella formulazione *post* l. n. 332 del 1995, fonda un'equivalenza tra atti inviati dal pubblico ministero al giudice a sostegno dell'istanza cautelare e atti depositati nella cancelleria del giudicante, dunque conoscibili *a parte accusati*, subito dopo l'emissione ed esecuzione dell'ordinanza.

⁸³² DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 893 e CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 836-839.

⁸³³ ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 483.

⁸³⁴ Sottolinea la profonda differenza tra i tre concetti (conduzione dell'indagine, acquisizione di prove e cognizione delle stesse) NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., 31.

⁸³⁵ Oltre all'A. citato nella nota precedente, si v. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare*, cit., p. 315 e DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 246 s.

⁸³⁶ Cfr., GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1259. La questione è oggi, se possibile, resa ancora più squilibrata a seguito di: Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3753, come evidenziano ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, ivi, p. 3765 e VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare cautelare*, cit., p. 316.

⁸³⁷ GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza*, cit., p. 368; NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio*, cit., 30-31.

L'alternativa, già suggerita in dottrina più di venti anni fa, è nel senso di irrobustire la figura del giudicante, senza al contempo privare l'accusatore di alcuna prerogativa. Se l'orizzonte conoscitivo del primo dev'essere almeno pari a quello del secondo, si potrebbe riconoscere a quest'ultimo il potere di indicare e specificare i singoli atti, tra quelli facenti parte dell'intero fascicolo, sui quali la cautela può essere concessa. Ove il giudice accolga la prospettiva accusatoria, il meccanismo di cui all'odierno art. 293 c.p.p. concernerebbe allora soltanto il deposito degli atti appositamente e previamente selezionati dall'inquirente, così scongiurandosi il rischio di indebite *discovery*⁸³⁸, lesive della coltre di segretezza della quale ogni indagine necessita.

Per effetto di una simile redistribuzione di competenze tra gli attori pubblici si mostrerebbe di condividere l'assunto, traendone le conseguenze più logiche, secondo cui «il pubblico ministero è [soltanto, ndr.] il *dominus* delle indagini, non della libertà personale»⁸³⁹.

Una cognizione estesa all'intero fascicolo, tuttavia, se non è di per sé strettamente funzionale all'applicazione della misura cautelare – giacché, a questo scopo, è perfettamente rispondente anche l'attuale art. 291 c.p.p. – è invece fondamentale per il nuovo ruolo che il giudice sarebbe chiamato a interpretare.

Integrata la piattaforma cognitiva, il giudice è posto in grado infatti di verificare al meglio il grado di completezza raggiunto dall'inchiesta e reputarla o meno giunta a un idoneo grado di coltivazione perché il pubblico ministero formuli l'imputazione e la sottoponga immediatamente al vaglio processuale di sostenibilità in giudizio.

All'obiezione cui si espone la prima tesi, circa l'eccesso di rigidità nel funzionamento dell'automatismo, qui si contrappone l'estrema flessibilità del controllo condotto caso per caso dal giudice per le indagini preliminari, passibile di un duplice sbocco. Da un lato, egli potrà concedere il via libera soltanto alla cautela, reputando le indagini ancora incomplete⁸⁴⁰ e, dunque, bisognose di ulteriore tempo per conseguire nuovi riscontri; dall'altro, specularmente, il giudicante emetterà l'ordinanza cautelare e il contestuale ordine indirizzato al pubblico ministero di formulare anche l'imputazione entro dieci giorni (il termine è semplicemente mutuato dall'art. 409 c.p.p.), sul presupposto che i gravi indizi raccolti siano più che bastevoli a integrare anche la sostenibilità dell'accusa in giudizio, previa analitica valutazione – fondata su tutto il compendio istruttorio scrutinato – che l'indagine non si presta ad aggiuntivi e prevedibili approfondimenti⁸⁴¹.

Il contrappeso all'attuale libertà del pubblico ministero troverebbe, per tale via, ragionevole bilanciamento e garanzia nella più classica espressione della giurisdizionalità: la motivazione. Se la gravità indiziaria è autentica e non poggia su illusorie presunzioni *contra reum* o su fragili elementi di prova sforniti dei doverosi riscontri individualizzanti, oggettivi e soggettivi, tra il riconoscimento della cautela e la tendenziale completezza delle indagini vi è, in termini geometrici, una relazione di proporzionalità diretta: all'irrobustirsi del tasso di

⁸³⁸ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1260. Si rinvia al Cap. I per altri approfondimenti.

⁸³⁹ GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

⁸⁴⁰ Cioè, si tratterebbe di indagini preliminari soltanto soggettivamente concludenti eppure non ancora esaustive.

⁸⁴¹ Non è preclusa neppure la praticabilità di un'interlocuzione, da svolgersi anche soltanto in via cartolare, tra il g.i.p. e il pubblico ministero. Quest'ultimo infatti, ricevuta la comunicazione dell'ordine di formulare l'imputazione entro un dato termine perentorio, potrebbe far pervenire al giudice memoria scritta con la quale evidenziare le ragioni per cui, dal punto di vista dell'ufficio inquirente, l'indagine non è da considerare ancora completa. All'esito del confronto, il giudice potrebbe confermare o revocare la propria originaria decisione.

L'istituto sul quale modellare tale cripto-contraddittorio si potrebbe rinvenire, per forme, tempistiche e contenuti, negli artt. 396-398 c.p.p., ma naturalmente senza la partecipazione delle parti private.

univocità e solidità del quadro cautelare aumenta, di norma, il grado di completezza dell'inchiesta⁸⁴² e viceversa⁸⁴³.

Il che permette, quindi, di spostare sul giudice per le indagini preliminari l'onere e la responsabilità – anche disciplinare, se del caso – di rompere, motivando adeguatamente, simile tendenziale reciprocità. Il peso che questa libertà impone, per il giudice, è rappresentato da un più gravoso onere di motivare, da un lato, la sussistenza del *fumus commissi delicti* in modo tanto più serio e convincente da resistere alle censure che l'indagato potrebbe sollevare davanti al tribunale del riesame e, dall'altro e contestualmente, la non ancora esaustività dell'inchiesta, bisognosa di conferme, riscontri e, in definitiva, di altro tempo⁸⁴⁴.

Quanto detto, però, vale soltanto in via tendenziale. Si tratterebbe di una corrispondenza, dunque, sempre passibile di smentita dal giudice, purché adeguatamente motivata in relazione alle peculiarità (a volte, non riproducibili) del caso concreto. E tale motivazione, v'è da credere, sarà tanto più onerosa quanto più lo stesso giudicante si sia speso analiticamente nel ricostruire la piattaforma della gravità indiziaria: forte della visuale su tutto il fascicolo, infatti, egli viene chiamato a una prognosi sui possibili sviluppi dell'indagine, al fine di valutarne gli ulteriori, possibili scenari ovvero a sancirne la completezza, oltretutto la soggettiva conclusione.

Il fine ultimo è evidente: lasciare la scelta circa l'*an* e il *quando* dell'attivazione della cautela nella disponibilità del pubblico ministero, al contempo però disincentivandolo da un impiego improprio, troppo “spensierato” giacché egli saprebbe che l'organo chiamato a prestare il semaforo verde alla restrizione *ante iudicium* è lo stesso deputato al contestuale sindacato sulla completezza delle investigazioni fin lì condotte.

L'instaurazione celere del giudizio, subito dopo l'applicazione della misura cautelare comporterebbe plurimi vantaggi. Innanzitutto, l'imputato vedrebbe meglio garantito il diritto di cui all'art. 5, co. 3 C.e.d.u., ovvero a essere giudicato in un tempo ragionevole e, come tale, «diverso e più breve di quello entro cui ogni persona deve essere giudicata ai sensi del successivo art. 6»⁸⁴⁵.

Inoltre, l'indagato sarebbe maggiormente posto al riparo da sempre possibili pressioni investigative, vere o soltanto soggettivamente percepite come tali, dal momento che potrebbe contare su una *vocatio in iudicio* in tempi sensibilmente più brevi di quelli attuali, a ravvicinata distanza dal momento in cui la libertà personale viene ristretta⁸⁴⁶.

⁸⁴² CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 836.

⁸⁴³ Alcuni esempi possono rendere al meglio l'idea. È arduo predicare la sussistenza di un quadro cautelare indiziario autenticamente grave, nell'ambito di indagini aventi ad oggetto i delitti di cui agli artt. 572 o 609 bis e seguenti c.p.p., in virtù della sola assunzione delle informazioni da parte della persona offesa (art. 350 o 362 c.p.p.); la conclusione però può mutare se, oltre tale contributo conoscitivo, l'indagine si è arricchita di ulteriori contributi (es. genitori, figli, amici e conoscenti, datore di lavoro della persona offesa, acquisizione di tabulati telefonici o documentazione medica) sino al punto da qualificarsi in termini di obiettiva completezza.

⁸⁴⁴ In un'ottica fisiologica, quanto più il quadro investigativo sia lacunoso, incompleto o bisognoso di adeguati approfondimenti istruttori, tanto più il g.i.p. dovrebbe concludere per l'ordinaria insussistenza della gravità indiziaria necessaria ai fini cautelari.

⁸⁴⁵ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e “giusto processo”*, cit., p. 894.

Chi scrive è del parere che se anche tale riforma permettesse il conseguimento di questo solo obiettivo, dall'evidente risvolto ideologico e valoriale, la stessa non potrebbe essere tacciata di inutilità. Questo rilievo giustifica, in maniera del tutto evidente, il diverso trattamento che qui si ipotizza tra processo con imputato detenuto in attesa di giudizio e processo in cui l'inquisito attenda la celebrazione del giudizio da libero (o, perfino, da sottoposto a misura cautelare di tipo non custodiale).

⁸⁴⁶ In ciò si coglierebbe, nei giusti limiti, la dose di realismo di TONINI – CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. proc. pen.*, 2003, p. 370, secondo cui

Il grande pregio di una simile architettura è dunque la flessibilità e, per tale via, la rispondenza alle peculiarità del caso concreto.

Generalmente, infatti, se i gravi indizi sono davvero tali, il giudice – nel concedere la cautela – sarà portato anche a condizionare il pubblico ministero all’instaurazione immediata del giudizio; potrebbe tuttavia anche accadere il contrario. Ovvero che la misura cautelare di tipo custodiale (dunque, anche gli arresti domiciliari) sia effettivamente necessaria, nonostante un quadro investigativo ancora incompleto: possibilità, del resto, fisiologicamente immanente al sistema vigente (art. 274, lett. *a* c.p.p.).

Il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi e diritti da contemperare – libertà personale *vs* esigenza investigativa; tempistiche procedurali ragionevolmente brevi e certe *vs* necessità di congruo approfondimento al fine di non mandare a processo fascicoli mal istruiti e, come tali, esposti a cadere già sotto la scure del giudice dell’udienza preliminare – è garantito dalla valorizzazione del canone più emblematico della funzione giurisdizionale, l’obbligo di motivazione.

È tramite esso che il giudice per le indagini preliminari rinviene l’autorevolezza per condizionare il pubblico ministero al rispetto di un *iter* procedimentale più rispettoso delle garanzie dell’individuo ed è sempre tramite la motivazione, parimenti, che egli, dopo avere valutato la correttezza d’operato del pubblico accusatore, valorizza le peculiarità del singolo caso concreto così modulando, di volta in volta, il sempre instabile e mutevole equilibrio tra opposte esigenze costituzionalmente tutelate.

Tuttavia, affinché il giudice possa compiere al meglio il proprio, rinnovato compito, la cognizione panottica rappresenta solo un prerequisito. Perché il controllo che qui si immagina sia il più sostanziale possibile, allontanandosi così l’ombra della perenne subalternità del giudicante al pubblico ministero, occorrerebbe che sia incrementato il tasso di terzietà del primo rispetto al secondo.

Le opzioni avanzate in dottrina, sul punto, sono varie. Tre appaiono le alternative più perseguibili nell’immediato, benché ciascuna – occorre professare realismo – di difficile concretizzazione pratica.

La prima proposta, preferibile e di più semplice attuazione, implica il conferimento di limitati e ben circoscritti spazi di manovra al giudice per le indagini preliminari in ambito istruttorio, laddove sia contestualmente destinatario di una richiesta di misura cautelare. Si tratterebbe, cioè, di dotare anche il giudice per le indagini preliminari, come i suoi colleghi chiamati in scena ad azione penale già esercitata, di uno strumento del tipo di quelli di cui agli artt. 421-*bis* e 507 c.p.p.

Nessun ritorno al (forse eccessivamente) temuto giudice istruttore, dal momento che il giudice per le indagini preliminari è, oggi molto più che nel 1989, una figura destinata a sparire dal palcoscenico processuale con l’esaurimento delle tassative funzioni conferitegli⁸⁴⁷. Si potrebbe dunque immaginare che il giudice, richiesto dell’emissione di un provvedimento cautelare, ove nutrisse dubbi sulla ricostruzione offerta dal pubblico ministero a sostegno della pretesa cautelare, possa integrare la propria piattaforma

«per la persona in custodia cautelare il processo “che conta” è quello relativo alla permanenza della propria situazione detentiva... e non quello che attiene ad un rinvio a giudizio», nel senso che si tende a riavvicinare, per quanto è possibile in una materia connotata da certi tempi fissi e incompressibili, l’uno aspetto all’altro.

⁸⁴⁷ Spunti utili in CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 651.

cognitiva⁸⁴⁸, indicando al pubblico ministero le ulteriori attività da compiere entro un termine perentorio, comprendendo a tale fine, se del caso, anche l'ascolto della persona nei cui confronti è stata presentata la domanda *de libertate*⁸⁴⁹, della persona offesa dal reato e di altri potenziali testimoni e acquisire documenti, purché nei limiti della pertinenza e assoluta rilevanza⁸⁵⁰.

Il retroterra culturale di una simile opzione risiede nello stigmatizzare la «diffusa tendenza ad identificare l'imparzialità del giudice con la sua passività e questa con l'assenza di iniziative probatorie officiose»⁸⁵¹.

Difatti, le più recenti riflessioni condotte in merito alle dinamiche dei limiti conoscitivi nell'esercizio della funzione giurisdizionale preliminare – comprensiva come tale anche di quella posteriore alla formulazione dell'azione penale – hanno mostrato come ampliamenti del patrimonio conoscitivo del giudice, purché siano scongiurate «personalistiche fughe in avanti all'inseguimento di personali ipotesi investigative all'insegna di un disinvoltato *facit saltus*»⁸⁵², siano non già di intralcio, bensì propiziatricie all'assunzione di una decisione giusta⁸⁵³.

Consapevoli della più vasta abbondanza di valori in gioco da temperare, oltre a quelli un po' formalistici del processo-contesa (nel quale è visto di buon occhio il giudice mero spettatore della dialettica tra le parti, chiamato ad accogliere o a rigettare la domanda attorea laddove essa sia o non sia adeguatamente provata da colui che ne sostiene l'onere), l'irrobustimento della giurisdizione cautelare si potrebbe declinare secondo le cadenze di una felice intuizione, benché coniata nell'ambito afferente al dibattito: «i puristi strepitano come se fosse riapparso Torquemada: ma il giudice non diventa meno neutrale perché abbia assunto la prova utile; né sarebbe giusto chiudere la partita lì, *absolvendo reum, actore non probante*»⁸⁵⁴.

Un'altra opzione, certo più impattante a livello strutturale e simbolico, potrebbe essere rappresentata dall'istituzione di un giudice *ad hoc*, cui attribuire competenza funzionale esclusiva in ambito cautelare a cui si aggiunga il compito di deliberare in punto di completezza delle investigazioni.

⁸⁴⁸ Si riporta un celebre passo di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 941-943, secondo cui norme quali l'art. 507 c.p.p. sono coerenti col nostro sistema costituzionale, in quanto «nessuno vuole dei colpevoli presunti; finché esistano dubbi, l'imputato sarà assolto, ma non pretenda d'essere giudicato su materiali incompleti».

In ambito cautelare, si v. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 37 s. e CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, p. 251.

In quest'ottica, ci pare, anche DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione*, cit., p. 257.

⁸⁴⁹ Così VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare cautelare*, cit., p. 312 e, precedentemente, l'elaborato presentato dalla c.d. "Commissione Riccio", modellato secondo uno schema che rassomiglia molto a quello di cui all'art. 409 c.p.p.

⁸⁵⁰ Sviluppando una recente intuizione legislativa prevista in materia di reati sessuali o a sfondo sessuale, cfr. legge 19 luglio 2019, n. 69, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, c.d. Codice Rosso in merito all'ascolto tempestivo della p.o.

La barriera da erigere, al fine di non permettere la traslazione dei relativi verbali nel fascicolo del dibattimento – meccanismo che davvero rischierebbe di riportare in auge l'aspetto più controverso della figura del giudice istruttore – potrebbe essere costruita sulla falsariga degli attuali artt. 500, co. 6 e 503, co. 5 e 6 c.p.p.

⁸⁵¹ GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 24.

⁸⁵² DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione*, cit., p. 259.

⁸⁵³ Cfr. anche AMODIO, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale riformata*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 26.

⁸⁵⁴ CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, p. 941.

Si tratterebbe in questo caso di eliminare la sovrapposizione di ruoli tra giudice che procede e giudice della cautela, andando a impattare, fino a capovolgerne gli equilibri, su disposizioni sulle quale ci si è abbondantemente soffermati: gli articoli 279, 291, nella parte relativa agli «elementi su cui la richiesta si fonda» e 432 c.p.p., nella parte in cui incide conoscibilità degli stessi da parte del giudice del dibattimento⁸⁵⁵.

Non si porrebbe più, per tale via, il problema del sotto-fascicolo cautelare, accluso a quello del dibattimento e dunque noto al suo giudice, né della quantità o tipologia di atti d'indagine sottoposti o sottratti alla cognizione del giudice ai fini dell'emissione dell'ordinanza *de libertate*.

Al deposito dell'istanza cautelare, il pubblico ministero sarebbe dunque tenuto a far pervenire al nuovo giudice della misura (inteso quale distinto ufficio) l'intero compendio raccolto. Presso la cancelleria verrebbe formato un fascicolo in tutto simile a quello di cui all'attuale art. 432 c.p.p., destinato tuttavia a rimanere ivi depositato fino a che persista materia cautelare. I *deficit* cognitivi resi possibili dall'attuale art. 291 c.p.p. verrebbero meno, così come sarebbe sottratta l'intera materia cautelare al giudice del dibattimento.

Per tale via si istituirebbe un giudice chiamato a valutare in maniera permanente, lungo tutto l'*iter* del procedimento, il rispetto dei presupposti applicativi della misura cautelare anche oltre la fase delle indagini preliminari⁸⁵⁶, beneficiando di tutto il compendio investigativo (poi, istruttorio) raccolto.

A questo nuovo organo giurisdizionale verrebbe attribuito anche, laddove l'azione *de libertate* fosse attivata in fase di indagine preliminare, il controllo circa il grado di completezza raggiunto dall'inchiesta.

L'esclusiva competenza cautelare, in uno con la piena cognizione del fascicolo investigativo e la previsione di rigide cause di incompatibilità nel ricoprire in futuro funzioni di puro merito precostituirebbero la garanzia di maggiore autonomia decisionale rispetto all'attore pubblico.

La terza ipotesi, infine, vedrebbe l'istituzione di un giudice per le indagini preliminari collegiale⁸⁵⁷. L'obiettivo dell'aumento del tasso di autorevolezza dell'organo decidente, complici una maggiore ponderazione e un minore rischio di errore offerti dalla decisione collegiale e non già solipsistica, sarebbe perseguito piuttosto facilmente.

Tali precondizioni, unite a una visione binoculare sull'intero compendio investigativo raccolto, permetterebbero al collegio – dotato, anche in questa ipotesi, di competenza funzionale – di effettuare il doppio controllo in esame.

Altrettanto noti, tuttavia, gli inconvenienti che, di fatto, ne rendono assai poco verosimile l'attuazione concreta: dal problematico rapporto con il sistema attualmente previsto per le impugnative in materia di libertà personale, al rischio di paralisi dei tribunali meno grandi, tenuto conto della cronica penuria degli organici dei giudici per le indagini preliminari, a quello, non meno pressante, delle tempistiche. Tenere funzionalmente bloccati tre magistrati sullo studio di un fascicolo cautelare rischia di rappresentare un impiego assai poco

⁸⁵⁵ Si v. MARZADURI, *Tutela dell'imparzialità del giudice ed emissione di provvedimenti sulle misure cautelari personali*, in *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996, p. 223.

⁸⁵⁶ In questo senso, ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1412 s. e VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare cautelare*, cit., p. 315.

⁸⁵⁷ CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?*, in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 401.

efficiente delle già limitate risorse di cui dispone la pianta organica di un tribunale (non distrettuale) medio.

5. *Il convitato di pietra: il principio di completezza delle indagini preliminari.*

Sullo sfondo del paventato, generale riassetto di competenze, poteri e responsabilità di cui si vagliano praticabilità e opportunità si staglia un principio, quello della completezza delle indagini preliminari, cui occorre dedicare qualche riflessione⁸⁵⁸.

Concepito sin dall'entrata in vigore del nuovo codice quale riflesso naturale del principio di obbligatorietà dell'azione penale e, dunque, espressione dei canoni di legalità e uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁸⁵⁹, il principio di completezza investigativa ha goduto – e tuttora gode – di notevole fortuna grazie agli approfondimenti dedicatigli, in particolare, dalla Corte costituzionale⁸⁶⁰, laddove, per converso, tutt'altra rilevanza pareva essergli stata attribuita, dapprima, in sede di predisposizione della legge delega quanto, successivamente, di attuazione del conseguente decreto legislativo⁸⁶¹.

Se, come noto, azione obbligatoria non equivale a «indiscriminata persecuzione di ogni fatto»⁸⁶², vale a dire mera consequenziale automaticità tra *notitia criminis* e avvio del procedimento, il limite implicito e connaturato alla stessa obbligatorietà è che il processo «non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo».

Tuttavia, al fine di valutare rettamente l'oggettiva superfluità dell'approdo a giudizio e, dunque, se sia necessario o meno promuovere l'azione penale, il rappresentante dell'accusa ha il dovere di condurre investigazioni tendenzialmente complete, in grado cioè da «funge[re] da argine contro eventuali prassi di esercizio “apparente” dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»⁸⁶³.

In altri termini, la completezza delle indagini è stata declinata, sin dalle prime applicazioni del nuovo codice, quale unico presidio volto a «evitare, in concreto, patologici

⁸⁵⁸ Il tema in dottrina è stato oggetto di plurime attenzioni. Si v., tra i vari, DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 61 s.; POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del «giudice preliminare»*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 463 s.; ID., *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2148 s.; RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 148 s.; VOENA, voce *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, p. 265 s. e CASSIBBA, *La «completezza» e la «conclusione» delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1230 s.

⁸⁵⁹ RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 136 e CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 62.

⁸⁶⁰ Il riferimento corre a Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586 s. Si v. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2665 s.

⁸⁶¹ CAPRIOLI *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 521; v. però DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 61 secondo cui «è niente più che un equivoco pensare che nel nuovo processo il pubblico ministero ... non debba farsi carico di dotarsi di tutti i mezzi di prova che sia possibile raccogliere con l'investigazione e che spetti invece all'attività dibattimentale procedere alla loro individuazione. Al contrario, il pubblico ministero deve presentarsi sulla scena dibattimentale con la provvista completa dei mezzi di prova».

⁸⁶² GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 250.

⁸⁶³ Citazioni tratte dalla sentenza costituzionale riportata. Si veda altresì CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 145-149.

fenomeni di inazione connessi ad esperienze investigative biasimevolmente insufficienti, carenti o contraddittorie»⁸⁶⁴.

Non soltanto. Essa è stata reputata altresì intimamente funzionale, sempre però nell'ottica del pubblico ministero, alla scelta circa la modalità concreta di esercizio dell'azione penale, tra cui la richiesta di giudizio immediato⁸⁶⁵.

A questa elaborazione, infine, non è rimasta estranea neppure la posizione dell'imputato, cui l'applicazione del principio è apparsa ben presto idonea a garantire una migliore esplicazione del diritto di difesa⁸⁶⁶, *sub specie* di accesso ai riti alternativi al dibattimento⁸⁶⁷.

Al fine di indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi – trattandosi di una prospettiva «essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema» – è infatti ritenuto necessario che il quadro probatorio raccolto all'esito dell'investigazione sia dotato di solidità ed esaustività.

Coniato nel 1991, il principio esce ulteriormente «rafforzato» dieci anni più tardi⁸⁶⁸, in conseguenza delle modifiche attuate con la legge n. 479 del 1999 in tema, da un lato, proprio di giudizio abbreviato, ormai assunto a diritto potestativo dell'imputato⁸⁶⁹ e, dall'altro, di udienza preliminare, forse con prematura enfasi etichettata quale nuovo «snodo centrale del processo»⁸⁷⁰.

Il quadro probatorio cui il pubblico ministero deve ordinariamente tendere si caratterizza ormai non più soltanto per solidità, bensì anche per esaustività⁸⁷¹. Egli è chiamato a scandagliare ogni minuto aspetto dell'inchiesta, senza tralasciare di approfondire alcuna pista. Sennonché, così inteso, il principio rischia di favorire una «bulimia onnivora, sul piano

⁸⁶⁴ SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari nel processo penale*, Torino, 2005, p. 21, nt. 55.

⁸⁶⁵ POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421-bis c.p.p.*, cit., p. 2149.

⁸⁶⁶ ROCCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/91*, in *Giust. pen.*, 1992, I, c. 188.

⁸⁶⁷ Basti por mente alle numerose sentenze di incostituzionalità che si sono abbattute, stravolgendone i connotati, sugli artt. 516-517 c.p.p. Cfr. Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944, con nota di CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*; in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527, con nota di TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*; in *Guida dir.*, 2010, fasc. n. 5, p. 74, con nota di BRICCHETTI, *Il divieto cade se la nuova contestazione riguarda un episodio inserito negli atti di indagine*. Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di CASSIBBA, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, 27 novembre 2012. Corte cost., 5 luglio 2018 n. 141, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1607, con nota di CASSIBBA, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*.

⁸⁶⁸ Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, p. 917 s., con nota di GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, p. 936 s.; in *Legisl. pen.*, 2001, p. 1165 s., con nota di COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte Costituzionale*, ivi, 2002, p. 485 s. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1073 s. con nota di LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*.

⁸⁶⁹ SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, cit., 2005, p. 42-46 e p. 87, secondo cui l'obbligo del p.m. di imbastire un'attività investigativa particolareggiata ed esauriente «non scalfisce la piattaforma del processo di parti» e non è, dunque, tale da contrastare con il suo ruolo di parte.

⁸⁷⁰ AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, p. 5.

⁸⁷¹ Secondo NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, p. 483, finendo con il «pretendere che il pubblico accusatore esaurisca, già nel corso delle indagini preliminari, tutte le possibili questioni oggetto del successivo giudizio, in previsione della (soltanto) eventuale scelta del rito abbreviato da parte dell'imputato».

investigativo, tipic[a] dei modelli *ancien régime*⁸⁷², oltretutto tendere, sino allo strappo, l'equilibrio precario su cui reggono le indagini preliminari⁸⁷³.

Da un lato, è evidente come l'accentuazione del profilo di tendenziale completezza dell'indagine – che fisiologicamente postula tempo per gli opportuni approfondimenti – comporta un (ennesimo) aumento del peso specifico a essa riconosciuto nel procedimento penale⁸⁷⁴: la crescita del paniere investigativo, arricchito di sempre maggiori elementi probatori, implica l'aumento della tentazione, sempre difficile da fuggire, di non disfarsene in giudizio⁸⁷⁵ – celebrando da lì a qualche anno, magari – e, con essa, il pericolo di aumentare il livello di pressione su categorie concettuali già di per sé evanescenti, quali la «sopravvenuta impossibilità di ripetizione» della prova (art. 512 c.p.p.)⁸⁷⁶ o di svilire ulteriormente la qualità del contraddittorio nell'assunzione della stessa⁸⁷⁷.

Dall'altro lato, tuttavia, solleticare la “bulimia” investigativa rischia di rendere obsoleti gli argini temporali previsti alla durata cronologica dell'inchiesta. L'obbligatorietà dell'azione, difatti, può essere lesa anche nelle ipotesi speculari a quelle sopra individuale, e cioè laddove, stretto nella morsa di un termine perentorio per la conclusione delle indagini, il pubblico ministero si trovi «nell'impossibilità di conseguire i dati necessari e sufficienti per svolgere il proprio compito»⁸⁷⁸.

In dottrina, infatti, non è mancato chi ha sottolineato la «totale irrazionalità» di un sistema che prevede termini massimi per lo svolgimento di indagini, assistiti da idonea sanzione nell'eventualità di un loro sforamento, le quali, tuttavia, devono essere anche esaustive⁸⁷⁹.

La completezza implica che un'indagine dovrebbe potersi protrarre fino a quando non si dica esaurito ogni approfondimento potenzialmente utile a sostenere l'accusa in giudizio. In quest'ottica, allora, sarebbe forse più coerente affermare che, se l'obiettivo è il conseguimento di un'indagine completa, occorrerebbe permettere che la stessa si protragga per tutto il tempo a ciò necessario e non un giorno di meno. L'ordinamento ne trarrebbe beneficio, se non altro dal punto di vista del recupero di coerenza interna.

Più volte chiamata a verificare se il bilanciamento tra le citate, opposte esigenze sia irragionevole, la Corte costituzionale ha però fornito una chiave di lettura che, nonostante ad

⁸⁷² CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 65.

⁸⁷³ Si veda lo spunto in CERESA GASTALDO, *Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 562.

⁸⁷⁴ Cfr. lucidamente, NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.

⁸⁷⁵ Nonostante la riscrittura dell'art. 111 Cost., infatti, gli equilibri tra le “forze” in campo rimangono precari. Si v., lucidamente, SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 83-85 e GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, p. 46 che rappresenta, quasi graficamente, la situazione usando queste parole: «se dovessimo configurare una mappa... vedremmo una zona, quella del dibattimento, letteralmente accerchiata e soffocata dai territori extradibattimentali».

⁸⁷⁶ Spunti in MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale: profili di incoerenza originaria del codice Vassalli*, in *Verso la riscoperta di un modello*, cit., p. 224-5.

⁸⁷⁷ Assunzione della prova spesso connotata da malcelata preferenza accordata alle dichiarazioni rese dal teste nell'immediatezza del fatto, nonché facilmente tempestate da puerili contestazioni mosse su ogni minima, spesso irrilevante difformità rispetto alla versione offerta anni prima in sede di sommarie informazioni.

⁸⁷⁸ UBERTIS, *Non termini astratti, ma garanzia del contraddittorio*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 483; CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 452 s.

⁸⁷⁹ TURONE, *Contro lo sbarramento introdotto dall'art. 407 c.p.p.*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 485 s.

alcuni «non appa[ia] particolarmente attraente»⁸⁸⁰, ci appare idonea a fornire più di un appiglio per interpretare la completezza delle indagini *cum grano salis*⁸⁸¹.

Secondo i giudici delle leggi, invero, il mancato completamento dell'indagine nei termini propri si pone quale possibile evenienza del singolo specifico caso, a fronte della quale, tuttavia, l'ordinamento non entra in alcuna contraddizione. Esistono, infatti, plurime possibilità di «correzione del tiro», tali da rappresentare sufficiente garanzia circa la non elusione del principio di cui all'art. 112 Cost.: istituti quali le indagini integrative *ex* artt. 430 e 430-*bis* c.p.p. e la riapertura delle indagini a seguito del provvedimento archiviativo (art. 414 c.p.p.⁸⁸²), oltre alle investigazioni suppletive (art. 419, co. 3 c.p.p.)⁸⁸³ possono essere funzionali a tale scopo.

Vi sono, infine, istituti – sistematicamente collocati in sede di udienza preliminare – che permettono di esaurire il quadro degli strumenti eventualmente atti a garantire razionali possibilità di completamento del paniere istruttorio. Il riferimento corre, infatti, agli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p., connotati dall'iniziativa officiosa dell'organo giurisdizionale e, dunque, sottratti alla libera iniziativa di parte.

A questi ultimi è doveroso sommare quelli, del tutto simili benché orientati a ricostruire una piattaforma istruttorio funzionale a una decisione di puro merito e non mista quale quella che sorregge l'alternativa rinvio a giudizio/non luogo a procedere, funzionali all'integrazione probatoria nel giudizio abbreviato. Come gli ultimi di cui si è detto, anche in questa circostanza simili facoltà sono rimesse al prudente apprezzamento del giudice, abilitato ad attivarsi *ex officio* ove lo reputi necessario, cioè in ogni caso in cui il materiale investigativo confluito nel fascicolo del pubblico ministero sia ritenuto inadeguato a fare piena luce sull'imputazione (art. 441, co. 5 c.p.p.)⁸⁸⁴.

Questi istituti – che, seguendo una linea di sviluppo diacronia, spaziano dal momento immediatamente successivo alla formulazione della richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, co. 3 c.p.p.) sino alla finestra temporale, spesso tutt'altro che esigua, che segue l'emissione del decreto che dispone il giudizio (art. 430 e 430-*bis* c.p.p.) – consentono all'accusatore e, in misura minore, all'accusato e perfino al giudice, di accrescere il fascicolo investigativo ritenuto lacunoso, nonostante il già intervenuto promovimento dell'azione penale; essi tuttavia appaiono così numerosi (e di uso frequente, nella prassi) da, «se non smentire, quanto meno temperare il dogma della completezza dei risultati conoscitivi *ante actionem*, lasciando piuttosto intendere l'assunto contrario»⁸⁸⁵.

In un ordito codicistico in cui forme temperate di completamento *in itinere* del paniere istruttorio appaiono dunque ipotesi tutt'altro che residuali, anzi forse addirittura fisiologiche, quello gravante sul pubblico ministero, pervenuta la *notitia criminis*, parrebbe allora declinarsi in un meno roboante dovere di ordinaria diligenza.

In virtù del principio di obbligatorietà, allora, certamente non gli è consentito di rimanere inerte di fronte all'acquisizione di una notizia di reato, dovendo attivarsi nell'ambito delle

⁸⁸⁰ MARZADURI, voce *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, agg., Roma, 1996, p. 11.

⁸⁸¹ *Ex multis*, Corte cost., 15 aprile 1992, n. 174, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1294; Corte cost., 25 maggio 1992, n. 222, *ivi*, 1992, p. 1778; Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 350, *ivi*, 1996, p. 3041.

⁸⁸² Cfr. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 56.

⁸⁸³ CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 64.

⁸⁸⁴ Di nuovo, CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 64.

⁸⁸⁵ Ancora, CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, cit., p. 64. Si veda anche VICOLI, *Principio della ragionevole durata e limiti cronologici delle indagini*, Torino, 2005, p. 9-18 che preferisce discorrere, anziché di completezza, di «continuità investigativa» lungo tutto l'arco temporale che separa l'acquisizione della *notitia criminis* dalla celebrazione del dibattimento.

competenze delineate dagli artt. 326 e 358 c.p.p.; ma, che da quel principio si faccia derivare anche il dovere di conseguire risultati indefettibilmente ultimativi, alla scadenza dei termini di durata massima delle investigazioni, appare conclusione in buona parte smentita *ex lege*.

La ricomposizione del principio di completezza investigativa verso orizzonti meno impegnativi – in uno con quelle tesi che scorgono negli addentellati normativi citati l'espressione di altre, diverse esigenze e, *in primis*, di quella finalizzata a «un massiccio alleggerimento della fase dibattimentale»⁸⁸⁶ – permette però di cogliere la fallacia di una sua assolutizzazione, laddove l'eccessiva enfasi attribuitagli è tale da schiacciare, sino a distorcere, altri valori meritevoli di (almeno) pari tutela in un processo che aspiri a definirsi giusto.

La conclusione cui si può pervenire all'esito dell'*excursus* tracciato è che il sistema, per intento riformatore o per (una più probabile) latente eterogenesi dei fini, mostra di non aborrire ipotesi di esercizio dell'azione penale connotate da conclusione eppure da non ancora compiutezza.

Ai fini della coltivazione della tematica che qui ci occupa, ovvero di forme ragionate di condizionamento dell'orizzonte cautelare sull'accesso al processo di merito, un ridimensionamento del principio di completezza investigativa permette anche di guardare alla rinnovata funzione attribuita al giudice per le indagini preliminari con meno timore di ardite ripercussioni sistematiche.

Dotare il giudice del potere-dovere di dare immediato impulso per l'avvio della fase processuale, nella piena consapevolezza che «a dispetto dell'etichetta normativa, è certamente un'imputazione ... la descrizione sommaria del fatto ... che l'art. 292 comma 2° lett. b c.p.p. annovera tra i contenuti necessari delle ordinanze applicative delle misure cautelari»⁸⁸⁷, non implica infatti alcuna indefettibile lesione del principio di completezza, *rectius* di continuità investigativa.

D'altronde, un esplicito addentellato normativo fornisce un prezioso collegamento tra materia *de libertate*, completamento investigativo e formulazione del processo. L'art. 274 c.p.p., nel delineare il noto trittico di esigenze cautelari di cui almeno una, inevitabilmente, deve sussistere ai fini dell'applicazione di una qualunque misura cautelare, individua quella

⁸⁸⁶ SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 86.

Tale opinione, non priva di pregio e ragionevolezza, si fonda però su una larvata eterogenesi dei fini riconosciuta ai momenti deputati al completamento del paniere investigativo, *post* esercizio dell'azione penale. Il *punctum dolens* della tesi adombrata dalla Corte costituzionale è che istituti quali le investigazioni integrative o suppletive e, finanche, i poteri istruttori riconosciuti al g.u.p. non risponderebbero più alle finalità di cui agli artt. 326 e 358 c.p.p., capovolgendo l'ordinaria sequenza procedimentale: la fase delle valutazioni circa la fondatezza dell'accusa giungerebbe, anormalmente, prima di quella deputata al completamento delle stesse. Le ipotesi di «completamento istruttorio postumo» varrebbero allora, più che a rendere effettivamente esaustive le indagini fin lì espletate, a evitare un dibattito «ormai vissuto come il segno dell'insuccesso del sistema», così GIOSTRA, *Indagine e prova*, cit., p. 47.

Similmente, POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 466 il quale mette acutamente in rilievo il rischio di una sempre più marcata «marginalizzazione del dibattito e delle sue ponderose forme».

Così ricostruita, tuttavia, la funzione «intima» della completezza, il cortocircuito rischia di diventare evidente. A cosa serve sospendere le indagini verso un'ideale esaustività, grazie anche all'attivismo dell'indagato e alle incursioni dell'organo giurisdizionale nell'area istruttoria, cui segue una robusta formalizzazione di scansioni e attività, se poi la completezza dell'accertamento preliminare non evita comunque la celebrazione del dibattito? E laddove il dibattito non venisse evitato, le pressioni che si scaricherebbero sulla cittadella dibattimentale, nell'ottica di una non dispersione del sapere già acquisito, tornerebbero a farsi notevoli e, forse, irresistibili? Spunti in SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, cit., p. 86-7 e MARZADURI, *Indagini preliminari e modello processuale*, cit., p. 224.

⁸⁸⁷ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 516.

inerente «specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini... in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova» (lett. a)⁸⁸⁸.

La coesistenza di una piattaforma cautelare grave e, ciononostante, di un quadro investigativo ancora da completare – esigenza da proiettare, secondo l'interpretazione offerta dalla corte di cassazione assunta a diritto vivente, addirittura oltre la chiusura dell'investigazione⁸⁸⁹ e del giudizio di primo grado⁸⁹⁰ – è dunque ipotesi legislativamente prevista *per tabulas* che testimonia, a livello di diritto positivo, come l'uno e l'altro siano elementi non avvinti da relazione biunivoca necessaria, bensì eventuale.

Ogni tesi che pretendesse di scorgere, nella piattaforma gravemente indiziaria, in ogni caso anche il crisma della completezza investigativa si scontrerebbe fatalmente con questo dato normativo esplicito; proprio questo spunto, tuttavia, permette all'interprete di spostare il punto di bilanciamento tra le due categorie – gravità indiziaria e completezza investigativa – dal livello astratto a quello concreto, demandandolo al controllo giurisdizionale, operato nel caso specifico in relazione alle peculiarità della vicenda specifica, sulla scorta delle puntuali emergenze della fattispecie *sub iudice*.

La rimodulazione delle competenze che qui si immagina sarebbe tale da irradiare i propri effetti a più largo raggio. Essa favorirebbe, infatti, un'effettiva consacrazione dell'udienza preliminare quale momento realmente centrale del processo all'imputato detenuto, deputata a cristallizzare in via definitiva il patrimonio conoscitivo sulla cui base optare per il giudizio ordinario o per riti ad esso alternativi.

Ciò per plurime ragioni. Anzitutto, questa fase permetterebbe di colmare le eventuali e sempre possibili lacune investigative – tanto *pro actore* quanto *pro reo* – che il modello accelerato di accesso al processo qui in esame potrebbe comunque avere tralasciato o favorito.

Simili integrazioni sarebbero però gestite sotto l'egida della giurisdizione. Sotto il controllo di un soggetto terzo e imparziale, di fronte al quale le parti stanno in giudizio in autentica posizione di parità, alle stesse verrebbe rimessa la facoltà di completare il proprio paniere di elementi di prova, laddove l'udienza sia deputata soltanto ad agire quale filtro contro le imputazioni azzardate. A queste iniziative di parti si sommerebbe anche la possibilità di contemplare il diretto impulso officioso del giudice.

Il modello delineato permetterebbe, inoltre, di “sanare”, sebbene soltanto *ex post* le debolezze insite in alcuni istituti procedurali di cui si è già detto. Ci si riferisce all'informazione di garanzia *ex artt.* 369 e 369-bis c.p.p. o alle investigazioni difensive: conati allo scopo di riequilibrare la posizione dell'indagato, in chiave tuttavia di strisciante ritorno al garantismo inquisitorio, entrambi gli strumenti hanno confermato, con il tempo,

⁸⁸⁸ Sulla rimodulazione nel 1995, a opera della l. n. 332, si v. ILLUMINATI, *sub Art. 3*, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 71 s.

⁸⁸⁹ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 1994, n. 19, in *Foro it.*, 1995, II, p. 445 e *Cass. pen.*, 1995, p. 870, così massimata: «le esigenze cautelari tutelate dall'art. 274 lett. a c.p.p. non riguardano soltanto quelle investigative in senso stretto, ma concernono anche l'acquisizione della prova e la conservazione della sua genuinità. Pertanto, ai fini della necessità di prevenire, con la misura della custodia in carcere, il persistente e concreto pericolo di inquinamento probatorio, a nulla rileva la circostanza che le indagini preliminari si siano concluse», conf. Cass., Sez. V, 7 gennaio 2015, n. 6793, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 262687.

⁸⁹⁰ Cass., Sez. II, 12 giugno 1997, n. 3900, in *Cass. pen.*, 1999, p. 202, con nota di VICOLI, *Tutela del quadro probatorio in pendenza del giudizio di appello e computo del termine di durata fissato ai sensi dell'art. 292 comma 2 lett. d) c.p.p.*, p. 206 s.

tutte le difficoltà e le fragilità che, sin dalla loro introduzione, la migliore dottrina aveva mostrato di mettere a fuoco con lucidità⁸⁹¹.

La trasposizione di talune delle loro più qualificanti funzioni – riconducibili alla piena (sebbene non tempestiva) conoscenza dell'imputazione elevata e al diritto di difendersi provando e ricercando, in condizioni di parità con l'accusa, le fonti di prova utilmente spendibili in giudizio – in un ambito a connotazione esclusivamente giurisdizionale permetterebbe, per ciò solo, di vederne aumentare l'efficacia.

Definitivamente abbandonata ogni incrostazione di un modello informato alla «questua probatoria»⁸⁹², il diritto dell'imputato alle integrazioni istruttorie necessarie al completamento *pro reo* del materiale investigativo sarebbe tutelato nel massimo grado dalla presenza in scena di un organo istituzionalmente terzo.

Non è d'altronde inutile sottolineare che, in un modello siffatto, non è vero che l'unico soggetto interessato a completare l'inchiesta traumaticamente interrotta dal vaglio condizionante operato dal giudice per le indagini preliminari sia il pubblico ministero. Certamente, egli può ben manifestare un interesse a concludere, mediante gli ultimi ritocchi, un'inchiesta che non ha potuto portare a termine secondo scansioni temporali proprie; ma il soggetto che realmente beneficerà dell'intervento (anche officioso) di un giudice è l'imputato. Egli infatti verrebbe posto nella condizione di sapere, sin dalle prime battute dell'inchiesta e certamente dal momento in cui si vede attinto da una misura cautelare coercitiva, che non è più necessario rapportarsi con la controparte in pendenza della fase investigativa onde stimolarla e indurla ad acquisire elementi di prova utili a screditarne l'impalcatura accusatoria (art. 367, 415-bis, 391-bis s. c.p.p.) e ciò in quanto, ben prima dell'approdo a giudizio e comunque entro un breve termine, comparirà davanti a un giudice istituzionalmente deputato (anche) ad acquisire gli elementi di prova ritenuti utili e pertinenti dalla difesa che la stessa, sino a quel momento, potrebbe non avere mai avuto occasione di acquisire.

Il necessario contraltare, per non arretrare eccessivamente il baricentro procedimentale verso una fase anteriore al dibattimento (si tenga a mente che, benché a connotazione giurisdizionale, l'udienza preliminare è comunque una fase priva di talune peculiarità tipiche del giudizio: in particolare, pubblicità e oralità sono carenti) è la predisposizione, per le prove costituenti assunte dal giudice dell'udienza preliminare, di un regime di utilizzabilità congruo a quello già esistente (art. 500, co. 6 e 503, ult. co. c.p.p.).

L'udienza preliminare, in questa fase, assurgerebbe non soltanto ad autentico filtro contro le imputazioni temerarie, bensì a snodo fondamentale per dotare di completezza indagini evidentemente già soggettivamente concludenti, eppure necessitanti di ulteriori e definitivi riscontri istruttori⁸⁹³.

⁸⁹¹ Cfr., si rinvia a GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 189; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit. e NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di Cagliari, 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 61 s.

⁸⁹² GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1263.

⁸⁹³ Contrati a ogni prospettiva di rinnovazione dell'udienza preliminare, nel senso qui avanzato, di recente DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare*, cit., p. 131 s. e DANIELE-FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2019, p. 75 s.

Il tempo eventualmente impiegato per gli ultimi approfondimenti istruttori – eventualmente tale da azzerare il vantaggio derivante dalla celere instaurazione del giudizio a seguito dell'*actio de libertatem* – non sarebbe male impiegato. Anzitutto perché a governarne scansioni ed estensione sarebbe un giudice e non più una parte, la stessa interessata a rappresentare le istanze repressive nel celebrando giudizio di merito; in secondo luogo perché tale spazio potrebbe essere impiegato per scandagliare ed eventualmente acquisire dati conoscitivi su impulso delle parti private, dotate di uno strumento ben più consistente di quelli attualmente previsti in fase di indagine preliminare; infine, superato il guado dei termini di durata massima delle indagini preliminari, non si tratterebbe più soltanto di tutelare i diritti delle parti – rispettivamente, del pubblico ministero di acquisire elementi di prova utili per sostenere l'accusa in giudizio; del cittadino a non vedere protratta oltre misura la propria condizione di indagato – bensì di contemperarli con altri valori costituzionalmente e processualmente apprezzabili: favorire l'accesso a riti alternativi, decongestionando il dibattimento; sbarrare l'accesso al giudizio non soltanto alle imputazioni palesemente azzardate, ma anche a quelle che, all'esito di un pieno contraddittorio delle parti, si sono mostrate connotate da apprezzabile contraddittorietà e ambivalenza; propiziare l'assunzione di una decisione giusta, se del caso anche colmando lacune e rimediando alle negligenze delle parti.

Tutto ciò potrebbe rappresentare il nuovo obiettivo della rinnovata udienza preliminare, capace di contemperare con equilibrio una triplice esigenza: decidere celermente se sussiste materia per andare a giudizio o per chiudere lì la partita; permettere a entrambe le parti di completare il fascicolo investigativo eventualmente lacunoso, nonostante l'applicazione di una misura cautelare; stimolare il più possibile la scelta per un giudizio alternativo al dibattimento.

6. *Profili problematici e possibili soluzioni.*

Il fine ultimo di una modifica sistematica del tipo che qui si è cercato di abbozzare è lasciare la scelta circa l'*an* della cautela nella disponibilità dell'investigatore⁸⁹⁴, ma contestualmente disincentivarlo da un suo utilizzo avventato o sproporzionato, inducendolo – in una prospettiva di analisi costi/benefici – a circoscriverne l'impiego ai soli casi in cui essa risulti assolutamente necessaria. Il freno, in ottica c.d. macroeconomica, sarebbe rappresentato dal rischio – per la pubblica accusa – di un precoce approdo dibattimentale, con perdita del lasso temporale di indagine che dovesse eventualmente ancora residuare tra l'esecuzione dell'ordinanza cautelare e lo scadere dei termini di cui all'art. 405 c.p.p.

Per tale via indiretta, dunque, gli attori pubblici della vicenda cautelare sarebbero indotti a delibare la prognosi di colpevolezza dell'indagato ancora più adeguatamente di quanto siano soliti fare oggi, onde evitare che un quadro indiziario ancora contraddittorio o lacunoso – eppure sbrigativamente qualificato in termini di gravità, magari confidando in collaborazioni future del cautelato, *contra se* o *alios* – implichi anche un inopportuno (sempre in chiave accusatoria) e anticipato approdo all'udienza preliminare⁸⁹⁵.

⁸⁹⁴ Non sembrano, dunque, cogliere nel segno le preoccupazioni in ordine ad un'intempestiva e generalizzata *discovery* di tutti gli atti investigativi. Il pubblico ministero è, infatti, il *dominus* delle indagini e ciò gli consente di bilanciare al meglio il rischio della libertà dell'inquisito con quello della *discovery* di atti sufficienti a limitarla. Cfr., GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari*, cit., p. 1264.

⁸⁹⁵ Come per tutte le riforme qualificate da un certo grado di impatto sistematico, si è consapevoli dell'insufficienza del solo tratto di penna legislativa – per quanto auspicabilmente chiaro e lineare – a garantirne

La tesi esposta potrebbe tuttavia esporsi a critiche, nessuna delle quali pare però insuperabile. Una prima obiezione potrebbe muovere dall'art. 3 Cost., onde denunciare l'asserita disparità di trattamento, *sub specie* di differenti tempistiche dell'esercizio dell'azione penale in relazione a procedimenti istruiti nei confronti di indagati detenuti a titolo cautelare ovvero liberi.

Questa censura, tuttavia, ci pare non godrebbe di buona fortuna. Come è noto, il principio di eguaglianza impone che situazioni eterogenee siano oggetto di discipline ragionevolmente differenziate ed è fuor di dubbio che attendere la formulazione dell'imputazione e la conseguente celebrazione del giudizio in stato di libertà ovvero di detenzione in carcere o con modalità equipollenti costituisce un formidabile elemento di distinzione che, ci pare, giustifichi modalità di innesco dell'azione penale oculatamente diversificate⁸⁹⁶.

Un altro rilievo potrebbe muovere da un'obiezione più di sistema. Si potrebbe sostenere che, in fondo, non è opportuno impattare sul codice con la molteplicità di interventi qui esaminati poiché, ad oggi, esiste già un sistema di impulso processuale imperniato sulla gravità indiziaria cautelare e deputato a consentire l'approdo immediato a giudizio dell'imputato ristretto *in vinculis*. Senza ripetere quanto già detto in tema di giudizio immediato c.d. custodiale, si ritiene però di non condividere l'assunto di quanti mostrano di credere che «in tutti i casi nei quali siamo in presenza di una misura custodiale, si deve poter saltare l'udienza avente ad oggetto il rinvio a giudizio e si deve andare direttamente al dibattimento»⁸⁹⁷.

A non convincere è l'idea che la mancata celebrazione dell'udienza preliminare nei confronti della persona già attinta da misura custodiale non rappresenti alcuna sensibile *deminutio* di garanzie per la difesa, in virtù del semplicistico assunto secondo cui la «previsione di un filtro tra la fase investigativa e quella propriamente processuale giova all'imputato solo se gli evita di subire gli svantaggi derivanti dalla celebrazione del processo tutte le volte in cui l'accusa, non adeguatamente corroborata da fonti di prova, sia stata erroneamente promossa»⁸⁹⁸: situazione ritenuta per definizione esclusa quando siano stati riconosciuti sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in fase cautelare.

il successo pratico. Occorre che si modifichi, contestualmente e in maniera congrua, lo spirito di chi è chiamato a darne attuazione concreta. Sarebbe dunque ragionevole attendersi una particolare cura, da parte del g.i.p., quando, nel condurre l'ipotizzato esame del fascicolo d'indagine, sia chiamato a saggiarne l'effettiva completezza oltretutto la soggettiva conclusione: ove la dovesse negare e così aprire la strada ad ulteriori mesi di indagine nonostante l'indagato sia stato attinto da misura custodiale, eppure mesi dopo l'azione penale fosse esercitata sulla base dei medesimi elementi di prova già presenti nel fascicolo del pubblico ministero al momento della domanda cautelare, o a essi largamente sovrapponibili, non dovrebbe essere escluso che gli si possa chiedere conto di quell'erronea valutazione prognostica tradottasi, in ultima analisi, in un'ingiustificata protrazione della custodia in carcere dell'indagato, non bilanciata da alcuna effettiva, concreta esigenza investigativa.

⁸⁹⁶ Cfr. DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 896-897. Più in generale, in merito ai limiti e alla natura del controllo costituzionale azionato per asserita violazione dell'art. 3, di cui fu pioniera la decisione Corte cost., 9 luglio 1958, n. 53 in *Giur. cost.*, 1958, p. 604 con nota di ESPOSITO, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi* e 19 giugno 1980, n. 96, *ivi*, p. 1765 e 28 ottobre 2004, n. 340. In dottrina, si v. PALADIN, *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in *Scritti in onore di Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 608 s.; GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e rimessione della sanzione*, Milano, 1983, p. 220 s.; RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, p. 91 s.; PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 156 s.

⁸⁹⁷ TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1393 e, ci pare di capire, anche DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 896.

⁸⁹⁸ DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 897.

La tesi non convince, per plurime ragioni. Anzitutto perché il modello del giudizio immediato custodiale riesce a fallire, nonostante le sbandierate intenzioni legislative⁸⁹⁹, l'obiettivo del contenimento dei tempi processuali, poiché produce il brillante risultato di consentire il prolungamento, fino a sei mesi, della durata delle indagini nei confronti dell'indagato detenuto⁹⁰⁰; inoltre, la prospettiva citata ci pare mascheri una ben strana concezione di garantismo, pretendendo di meglio tutelare i diritti dell'accusato mediante l'amputazione coattiva di qualificanti fasi del processo; infine, simile tesi si qualifica per un'eccessiva ristrettezza di valori da contemperare e tutelare.

È, difatti, tacciabile di eccessiva semplificazione una ricostruzione del sistema che veda contrapposti, da un lato, il diritto dell'indagato ristretto a raggiungere nel più breve tempo possibile il rassicurante approdo del dibattimento, nel cui ambito potere sfruttare al meglio le opportunità che i principi di oralità, pubblicità e immediatezza gli offrono e, dall'altro, l'interesse statale, *sub specie* di diritto-dovere di investigare in maniera completa ed esaustiva, comprensivo del potere di chiedere e ottenere l'applicazione *ante iudicium* di misure coercitive personali.

Il dato di valore che difetta nel descritto bilanciamento è rappresentato, a parere di chi scrive, dall'implementazione del compendio istruttorio *sub specie* di offerta alle parti e allo stesso giudice, nell'ottica di un meccanismo di innesco processuale realmente "immediato" laddove l'indagato patisca una carcerazione *ante iudicium*, di uno spazio istituzionalmente deputato anche all'«integrazione di un deficitario compendio conoscitivo effettuata sotto il controllo del contraddittorio»⁹⁰¹.

La predisposizione di una camera di compensazione probatoria consentirebbe di sanare, sia pure *ex post*, alcune debolezze della giurisdizione cautelare, sebbene gli effetti positivi si irradierebbero, oltre che al terreno cautelare e al mantenimento della misura stessa, sino al giudice del dibattimento, il cui il fascicolo sarebbe sorretto da un più esaustivo – non per forza da un punto quantitativo, bensì qualitativo perché corroborato e vagliato da un momento di indefettibile contraddittorio – quadro investigativo.

D'altronde, sostenere che il rischio di mandare a giudizio un imputato sulla base di un'accusa non sufficientemente robusta sia per definizione «escluso» laddove l'azione cautelare si sia conclusa positivamente, cioè con il riconoscimento di una piattaforma gravemente indiziaria, è affermazione che lascia oltremodo perplessi⁹⁰². Già lungamente ci si è spesi in merito ai *deficit* cognitivi e acquisitivi di cui, a tutt'oggi, la giurisdizione cautelare soffre⁹⁰³, per cui si ritiene di non dover ulteriormente argomentare sul punto.

⁸⁹⁹ TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1394.

⁹⁰⁰ CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo*, cit., p. 833.

⁹⁰¹ DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione*, cit., p. 258.

⁹⁰² Così, invece, DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, cit., p. 897.

⁹⁰³ Limiti e tensioni che sembrano tradursi nei numeri assai poco rassicuranti circa le riparazioni per ingiuste detenzioni. Si v. <http://www.finoaprovacontraria.it/risarcimenti-errori-giudiziali/> del 26.12.2014 secondo cui, nel 2013 l'Italia ha corrisposto circa 25 milioni di Euro a titolo riparativo per le 757 domande risarcitorie accolte; somma lievitata a circa 35 milioni di Euro nel 2014 a fronte di 995 domande accolte. Il *trend* non si è arrestato, come dimostra lo studio pubblicato in <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/01-custodia-cautelare/>, secondo cui, nel 2016, la somma liquidata a titolo risarcitorio ha toccato i 42 milioni Euro.

Questi dati raccontano di diverse centinaia di domande di risarcimento per ingiusta detenzione accolte in Italia ogni anno e, benché il sotto universo cautelare non sia l'unica possibile fonte di responsabilità risarcitoria, ci pare possano essere interpretati come il più evidente sintomo delle difficoltà di cui soffre in concreto la giurisdizionale *de libertate*. Il rischio-assoluzione nel merito, *nonostante* il previo ingresso in carcere a titolo cautelare autorizzato da un giudice terzo, sembra tutt'altro che "escluso per definizione".

Tuttavia, proprio la rinnovata consapevolezza della persistenza di criticità strutturali nella costruzione di un soddisfacente paradigma giurisdizionale in materia *de libertate* permette di guardare con moderato ottimismo all'udienza preliminare, al fine di spostare in quella fase l'integrazione del compendio investigativo fin a quel momento raccolto.

Quella sede ci appare la più idonea allo scopo, in quanto sarebbero lì presenti e tutelate talune delle più qualificanti garanzie c.d. di contorno dell'intervento giurisdizionale – piena conoscenza di tutto il compendio investigativo raccolto, effettiva parità delle parti, contraddittorio davanti a un giudice non compromesso con l'indagine svolta, assicurazione di un congruo tempo per preparare le proprie difese, diritto alla prova e, infine, possibilità che il giudice si muova *motu proprio* sul terreno istruttorio con parziale autonomia – che, invece, in fase preprocessuale non sono allo stato presenti né, così pare, di prossima introduzione.

Una fase pre-dibattimentale deputata (anche) a «integrare gli elementi di giudizio emergenti dal contraddittorio»⁹⁰⁴ delle parti, *causa cognita*, davanti a un giudice non coinvolto nell'indagine sino a quel momento sviluppata in segreto, non sembrano orpelli privi di concreto spessore garantistico, né inutili ostacoli formalistici nella prospettiva della pubblica accusa che nel modello qui delineato potrebbe, in ogni caso, trovarsi nella posizione di non disdegnare un ulteriore spazio temporale per completare un'indagine contrattasi per effetto dell'intervento *ab externo* del giudice per le indagini preliminari.

Un'ultima tipologia di osservazione critica potrebbe infine rilevare come il meccanismo adombrato sia tale da operare al meglio nei procedimenti monosoggettivi, meglio addirittura se con un unico addebito formulato nei confronti dell'unico imputato. Viceversa, nei procedimenti connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p. esso si presterebbe ad alcuni, non banali inconvenienti. Condizionare il pubblico ministero a sottoporsi in ogni caso al vaglio del giudice per le indagini preliminari in punto di completezza e conclusione delle stesse, laddove l'accusatore abbia optato per l'attivazione del circuito cautelare, può comportare esiti divergenti a seconda che il procedimento concerna più addebiti o plurimi indagati. Si tratta, in realtà, della medesima critica che anche i più convinti sostenitori del giudizio immediato c.d. custodiale muovono a tale istituto⁹⁰⁵.

In tema di connessione sono però prospettabili, nel caso che qui ci occupa, differenti gradi di complessità.

Si ipotizzino tre situazioni di non infrequente ricorso nella prassi: i) rapina commessa da un solo soggetto, ma con arma c.d. impropria ovvero omicidio colposo per violazione delle norme in materia di circolazione stradale e guida in stato di ebbrezza con superamento della soglia di cui alla lett. *b* dell'art. 186 cod. strada (art. 12 lett. *b* c.p.p.), fattispecie in relazione alla quale la custodia in carcere può essere applicata solo per il primo reato; ii) rapina commessa in concorso con un soggetto incapace di intendere e di volere o minore degli anni quattordici (art. 12 lett. *a* c.p.p.), in relazione al quale la misura cautelare può essere applicata solo per il primo indagato; infine, iii) danneggiamento di un furgone blindato per eseguire una rapina, per cui la custodia in carcere può essere applicata solo per il secondo delitto (art. 12 lett. *c* c.p.p.).

⁹⁰⁴ DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione*, cit., p. 258 (corsivo dell'A).

⁹⁰⁵ TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1396, ove se ne denuncia la «scarsa praticabilità operativa»; così anche VARRASO, *Il "doppio binario" del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008, p. 193 s.

Le tre ipotesi possono essere tutte risolte mediante l'applicazione del modulo procedimentale abbozzato, sia che ci si riferisca al meno grave reato connesso con quello per il quale la misura cautelare è stata applicata sia che si volga lo sguardo al coindagato.

Nei casi *sub* i) e iii), il reato più grave tollera l'applicazione della custodia cautelare in carcere e, ove questa sia stata applicata, il controllo del giudice per le indagini preliminari si potrebbe estendere anche agli altri addebiti⁹⁰⁶.

Non v'è chi non veda, però, la disomogeneità tra le ipotesi *sub* art. 12, lett. *b* e *c* c.p.p., laddove – come nella forma più semplice qui delineata – ricorra la presenza di un solo imputato, da quella *sub* lett. *a*, che invece ci proietta verso un procedimento plurisoggettivo.

Anche nelle prime due ipotesi delineate, tuttavia, il ricorso al vaglio concreto del giudice per le indagini preliminari potrebbe tuttavia comportare difficoltà di ordine pratico nell'ottica della pubblica accusa, per quanto concerne il reato connesso meno grave che, pur apprezzandosi per l'assenza di una piattaforma gravemente indiziaria, si vedrebbe trascinato a giudizio per effetto della connessione con un delitto il cui grave *standard* indiziario, viceversa, è riconosciuto sussistente.

Tuttavia, si tratta di un mero inconveniente di ordine pratico. Il giudizio immediato c.d. custodiale odierno non è, parimenti, pensato per affrontare e risolvere positivamente questa ipotesi, che trova disciplina nell'art. 453, comma 2 c.p.p. ovvero nel ricorso alla separazione dei reati connessi rispetto ai quali soltanto per uno sussiste materia per attivare il procedimento speciale autoritario.

La palese rigidità di un simile modello procedimentale potrebbe, nella rimodulazione qui proposta, trovare un equo temperamento proprio nella rinnovata fase processuale affidata al giudice dell'udienza preliminare, deputata a fornire – pur se successivamente all'esercizio dell'azione penale – adeguato sostegno probatorio alla fattispecie criminosa connessa e meno grave; soltanto laddove anche questo ultimo soccorso istruttorio non sia stato in grado di concludersi con esito fausto, provvederà il giudice allo scioglimento del vincolo connettivo e alla formale separazione dei due reati connessi, mandando a giudizio “accelerato” soltanto quello qualificato da gravità indiziaria cautelare e trattenendo l'altro, attraverso una formale restituzione degli atti al pubblico ministero, per l'esperimento di ulteriori e specifiche investigazioni.

Obiettivamente meno funzionale appare, invece, il meccanismo proposto in presenza di più indagati (tipicamente, i procedimenti per criminalità organizzata)⁹⁰⁷.

Il procedimento plurisoggettivo, tanto frequente nella prassi, tende ad acuire le difficoltà del sistema proposto.

È tuttavia possibile quantomeno temperare le difficoltà cui questo modulo si esporrebbe mediante un opportuno adeguamento dell'art. 130-*bis* disp. att. c.p.p., onde incoraggiare ipotesi di esercizio separato dell'azione penale. Un simile accorgimento non dovrebbe destare eccessivo stupore, ove si ricordi che il codice del 1988 si proponeva di meglio conseguire proprio un maggiore rispetto del principio del c.d. *favor separationis*.

Il suo recupero, declinato al tempo della stesura del decreto delegato con la formula «no ai maxi-processi, sì alle maxi-indagini»⁹⁰⁸, permetterebbe al pubblico ministero di continuare

⁹⁰⁶ Si tratta, in effetti, della riproposizione dell'articolato di cui alla c.d. Commissione Riccio secondo cui, nei casi anzidetti, occorre «prevedere che l'atto di citazione diretta sia emesso anche in relazione agli eventuali reati connessi con quello contestato nel titolo cautelare, attribuiti al medesimo soggetto e di minore gravità» (par. 82.6); elaborato consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 485 s.

⁹⁰⁷ TONINI, *Considerazioni sul giudizio*, cit., p. 1397.

⁹⁰⁸ CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., p. 589.

a condurre inchieste soggettivamente e oggettivamente cumulative, salvo condizionarlo nei modi esaminati all'esercizio dell'azione penale in relazione ai soli addebiti o indagati per i quali abbia proficuamente attivato il subprocedimento cautelare. Il correttivo, in questa specifica ipotesi, potrebbe ravvisarsi – al fine di allargare le maglie applicative del meccanismo in esame – nel ritenere sufficiente la mera sussistenza dei gravi indizi cautelari e l'applicazione di una qualsivoglia misura personale, anche non detentiva: la connessione, dunque, opererebbe in maniera c.d. orizzontale, cioè per tutti gli indagati e i capi di incolpazione rispetto ai quali sia stata applicata una qualunque misura coercitiva cautelare, salva la separazione degli altri, pure se connessi.

Non si può però negare che, in un'ottica più generale, se da un lato è certo il guadagno in punto di celere instaurazione del procedimento, a seguito del c.d. "spacchettamento" operato in sede di rinvio a giudizio, dall'altro occorre essere consapevoli delle controindicazioni cui si andrebbe incontro. La principale è, probabilmente, da ravvisarsi nell'aumento del ricorso agli istituti – di non piana formulazione ed applicazione – di cui agli artt. 190-*bis*, 197, 197-*bis* e 210 c.p.p. e, soprattutto, dal pericolo connesso all'aggravio in punto di ripetizioni di attività istruttorie (per es., chiamare a deporre lo stesso teste tante volte quante sono i procedimenti "spacchettati", originariamente investigati cumulativamente, costituisce inevitabilmente uno spreco di attività e risorse).

Tuttavia, al di là delle possibili controindicazioni pratiche che qualunque modello procedimentale rischia di determinare nel momento in cui si propone di governare una materia tanto vasta e influenzata dalla coesistenza di plurimi valori contrastanti da temperare equamente, ciò su cui non è inutile riflettere – senza con ciò correre il rischio di violare antichi tabù – è, in conclusione, che il tema del controllo giurisdizionale sul tempismo dell'azione penale, in presenza di un incidente cautelare che abbia prodotto la restrizione *in vinculis* dell'indagato, meriterebbe maggiore attenzione.

L'abbandono del principio di piena autonomia del processo di merito rispetto all'incidente *de libertate* permetterebbe di delineare un procedimento ispirato ad un più autentico *favor rei*, in un'ottica di ragionevole disincentivo (quantitativo) all'opzione cautelare e di stimolo per atteggiamenti più coerenti del pubblico ministero. L'inquirente deve rimanere libero di agire sul terreno cautelare nel momento che ritiene più opportuno, ma deve parimenti essere cosciente che vi sarà un giudice chiamato, contestualmente all'emissione della cautela richiesta, a sindacarne l'operato, al fine di rendere effettiva l'esigenza di celerità implicita nell'art. 112 Cost. Sullo sfondo, il binomio libertà/responsabilità: che il pubblico ministero opti per la strategia processuale più confacente, nella consapevolezza però che ciascuna scelta comporta un costo.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996.
- AA.VV., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 7 maggio 1996, Napoli, 1997.
- AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova*, Milano, 1995.
- AA.VV., *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001.
- AA.VV., *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di Marafioti-Del Coco, Torino, 2012.
- AA.VV., *Impugnazioni penale. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis-Hervé Belluta, Torino, 2013.
- AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014.
- AA.VV., *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.
- ADORNO, *Inosservanza dell'obbligo di trasmissione di atti ex art. 291, comma 1 c.p.p. e nullità dell'ordinanza cautelare*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1926 s.
- ALBIANI, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire tra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 375 s.
- ALLEGREZZA, *La nuova fisionomia del giudizio direttissimo*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2008, p. 249 s.
- ALONZI, *L'art. 405 comma 1-bis c.p.p.: un inedito quanto stravagante obbligo di inazione*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, PADOVA, 2007, p. 63 ss.
- AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967
- AMODIO-DOMINIONI-GREVI-NEPPI MODONA-VIGNA, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini al dibattimento*, Milano, 1989.
- AMODIO-GALANTINI, *Sull'illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2013, p. 1 s.
- AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, p. 1 s.
- AMODIO, *Un questionario sul nuovo processo penale*, in *Dem. e dir.*, 1976, p. 67
- AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, I, Milano, 1989, p. XXXIII s.
- AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, p. 5 s.
- AMODIO, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, p. 86 s.
- AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 374 s.
- AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice delle indagini preliminari nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi. Atti del convegno. Saint Vincent 3 giugno 1993*, Milano, 1994, p. 213.
- AMODIO, *Le misure coercitive nella procedura penale vivente*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 20.

AMODIO, *Separazione delle carriere e imparzialità del giudice: un circolo vizioso*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, fasc. 1, p. 1 s

AMODIO, *Eguaglianza delle armi nel processo, presunzione di innocenza e ruolo del giudice istruttore*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 245.

AMODIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, 2115.

AMODIO, *Eguaglianza delle armi nel processo, presunzione di innocenza e ruolo del giudice istruttore*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 240

AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *questa rivista*, 2014, p. 12.

AMODIO, *La fase anteriore al dibattimento nella nuova legge delega per il codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1982, III, c. 509

AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, nota a Cass. sez. un. pen. 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 10, pp. 3596-3598.

AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Diritto penale e processo*, 2003, pp. 797-804

AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Relazione al Convegno "Esperienze e prospettive della giustizia italiana"*, Roma 14-16 novembre 2002.

AMODIO, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale riformata*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 26 s.

AMODIO, *I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, f. 3, p. 107 s., in *Cassazione penale*, 2003, pp. 1419-1424.

AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 412.

AMODIO, *I rapporti tra pubblico ministero e giudice delle indagini preliminari nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Atti del Convegno di Saint Vincent, Milano, 1994, p. 213.

APRILE, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 507 c.p.p.: una nuova sentenza che non elimina ogni dubbio interpretativo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3341 s.

APRILE-D'ARCANGELO, *Le misure cautelari nel processo penale*, 3a ed., Milano, 2017.

ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 893 s.

BARAZZETTA-CORBETTA, *Modifiche a disposizioni del c.p.p.*, in *"Decreto sicurezza": tutte le novità*, Milano, 2008, p. 127.

BARGI, *Durata delle indagini e tempi imposti per l'instaurazione del giudizio*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 56.

BARGIS, *Procedimenti de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 168.

BARGIS, *La scelta del rito nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1034 s.

BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 90 s.

BELTRAMI, *La Pecorella e il nuovo articolo 405 c.p.p. Dubbi di legittimità, ermellini a rischio*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 29, p. 54 s.

BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006.

BENE, Sub art. 453 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, t. II, Milano, 2017, p. 2067 s.

BERNARDI, *Commento art. 408 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, 1990, p. 526.

BERNARDI, *Commento all'art. 125 disp. att. c.p.p.*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale. La normativa complementare. Norme di attuazione*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1992, p. 482.

BONINI, *La attenuazione degli (altri) automatismi in peius*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 135 s.

BONINI, *Art. 3 l. 20.2.2006, n. 46*, in *Legisl. pen.*, 2007, p. 65.

BONTEMPELLI, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 756 ss.

BORRELLI, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Atti del convegno di Saint Vincent 3 giugno 1993, Milano, 1994, p. 31.

BOSCO, *Sezioni Unite e giudizio immediato: la "rivoluzione" sul termine e la stasi sul sindacato del giudice del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1011.

BRESCIANI, *Giudice per le indagini preliminari*, in *Dig. pen.*, V, p. 482 s.

BRICHETTI, *Arresti domiciliari: blocco di cinque anni se si evade*, in *Guida dir.*, 2001, fasc. n. 16, p. 50 s.

BRICCHETTI, *Fino all'apertura del dibattimento spetta al gip svolgere l'esame di garanzia*, in *Guida dir.*, 1999, fasc. n. 18, p. 24 s.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. n. 32, p. 101 s.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato per chi è già in carcere*, in *Guida dir.*, 2008, n. 23, p. 80 s.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito per il pm*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. n. 10, p. 62 s.

BRICCHETTI-PISTORELLI, *Cancellato un ulteriore pezzo di un provvedimento già decimato*, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. n. 19, p. 86.

BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova, 2017.

BUSETTO, *Il contraddittorio inquinato*, Padova, 2009.

BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1148 s.

CAIANIELLO, *Archiviazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, 2008, p. 66 s.

CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944 s.

CAIANIELLO, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1678 s.

CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1989.

CALAMANDREI, *Criteri di giudizio e provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare*, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 10 s.

CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 40 s.

CAMON, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *Legge e potere nel processo penale*, Atti del convegno di Bologna, 4-5 novembre 2016, Padova, 2017, p. 93 s.

CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, 26 gennaio 2017.

CANZIO-MARZADURI-SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 253 s.

CAPRIOLI, *Inchiesta penale e pregiudizio: l'archiviazione conseguente al rigetto della richiesta cautelare*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli, 2007.

CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, 1994.

CAPRIOLI, *Presupposti e forme della coercizione precautelare*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 427 s.

CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 7^a ed., Padova, 2014, p. 677 s.

CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1971 s.

CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 186 s.

CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007.

CARBONE, *Sull'utilità dell'udienza preliminare nella sua attuale formulazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 160 s.

CARCANO-IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990.

CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Il principio di preclusione nel processo penale nel processo penale*, a cura di Marafioti-Del Coco, Torino, 2012, p. 17 s.

CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963.

CARNELUTTI, *Valore giuridico dell'archiviazione del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 308 s.

CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, *La riforma delle misure, cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 101 s.

CAREDDA, *Decreto di rinvio a giudizio e «riesame» della misura cautelare personale*, in *Giur. it.*, 2004, p. 829 s.

CASELLI-INGROIA, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332 sui procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 373.

CASSIANI, *Sulla funzione di controllo del g.i.p. in merito alla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2880.

CASSIBBA, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, 2007.

CASSIBBA, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1607 s.

CASSIBBA, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, 27 novembre 2012. Corte cost., 5 luglio 2018 n. 141, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1607 s.

CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini preliminari alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1230 s.

CASSIBBA, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, fasc. n. 3, p. 1 s.

CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, p. 992 s.

CECANESE, *Limiti al potere del g.i.p. sul controllo dell'inazione del p.m.*, in *Cass. pen.*, 2014, 2768.

CERESA-GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, pp. 824.

CERESA GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di «collaborazione» dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1161 s.

CERESA GASTALDO, *Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 562 s.

CERESA GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal Procuratore della Repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4167 s.

CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del Tribunale della libertà*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2015, p. 1 s.

CERESA-GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1177 s.

CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2014.

CERESA GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1415 s.

CERESA-GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della Repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2416 s.

CERESA-GASTALDO, *Diritto al silenzio, aspettative di «collaborazione» dell'imputato e controlli sull'impiego della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1161 s.

CERESA GASTALDO, *Sulla persistenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1610 s.

CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.

CERESA GASTALDO, *Riflessioni de iure condendo sulla durata massima della custodia cautelare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 824 s.

CHIAVARIO, *Una “carta di libertà” espressione di impegno civile: con qualche sguallitura (e qualche... patinatura di troppo)*, in Prefazione al *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. III, Padova, 1990, p. 3.

CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2665 s.

CHIAVARIO, *Libertà personale e processo penale*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 209.

CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1976, p. 229.

CHIAVARIO, *Una sentenza rispettosa dei ruoli “naturalisti” del pubblico ministero e del giudice*, p. 38.

CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una “novella” dagli intenti riequilibratori*, in *Legisl. pen.*, 1995, p. 565 s.

CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, 1977, p. 109 s.

CHIAVARIO, *La scarcerazione automatica tra la “scura” della Corte Costituzionale e la “restaurazione” legislativa*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 665 s.

CHIAVARIO, voce *Libertà personale (dir. pen. proc.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, p. 1 s.

- CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 6^a ed., Torino, 2015.
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., III, Milano, 1993.
- CIANI, *Commento all'art. 291*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Primo aggiornamento, Torino, 1992, p. 154.
- CISTERNA, *Risolvere in tal modo il dissidio interno priva di una espressa garanzia l'imputato*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. n. 13, p. 88 s.
- CLAUDIANI-MESSERI, *Il giudizio immediato*, Milano, 2012.
- COLOMBO, *L'acquisizione degli elementi di prova nelle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1298 ss.
- CONFALONIERI, *C'è forse posto anche in Italia per il "contraddittorio anticipato"*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1127.
- CONSO, *Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 336.
- CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 337 s.
- CONSO, *Natura e funzioni del pubblico ministero*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969, p. 552 s.
- CONSO, *Conclusione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 308.
- CONSO, *La collegialità del g.i.p.: un'ipotesi praticabile?*, in *Dir. proc. pen.*, 1996, p. 401.
- CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014.
- CONTI, *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1377 s.
- CONTI-QUAGLIANO, *La regola di giudizio nell'udienza preliminare: una decisione bifasica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 340 s.
- COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 37.
- CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del Convegno di Lecce, Milano, 1965.
- CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 22.
- CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.
- CORDERO, *Storia di un dissesto legislativo*, in *Micromega*, 2006, fasc. n. 6, p. 41.
- CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.
- CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012.
- CORDERO, *Chi abusa del processo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1423 s.
- COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte Costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 485 s.
- CRISTIANI, *Commento all'art. 38 att. c.p.p.*, in *La normativa complementare, Norme di attuazione*, I, coordinato da Chiavario, Torino, 1992, p. 152 s.
- CURTOTTI NAPPI, *La «durata ragionevole» del processo penale è anche un problema di norme*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1028 s.
- D'AMATO, *Valutazione conclusiva dell'udienza preliminare e convincimento cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 96 s.
- D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1183.

DANIELE, *Fumus delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 1034 s.

DANIELE, *Il volto sbiadito dell'Habeas Corpus nella privazione della libertà personale*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 422 s.

DANIELE, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 1, p. 131 s.

DANIELE-FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2019, p. 75 s.

DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275, co. 2-bis c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005.

DANIELE, voce *Indizi (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, Agg., X, Milano, 2017, p. 505 s.

DAVIGO, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332 sui procedimenti relativi a reati contro la pubblica amministrazione, Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 409 s.

DAVIGO, *Magistrati in politica, parla Davigo*, in *Il Fatto Quotidiano online*, 28 luglio 2016.

DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

DE LALLA, *Idee per un «completamento istruttorio» del giudice nelle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 64.

DE LUCA, *Controlli extra processuali ed endoprocessuali nell'attività inquirente del magistrato del pubblico ministero*, in AA.VV., *Accusa penale e ruolo del magistrato del pubblico ministero*, a cura di Gaito, Napoli, 1991, p. 223.

DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, Padova, 1953.

DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Giappochelli, 2008.

DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Utet, 1962.

DELL'ANNO, *Sulla valutazione degli indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273 c.p.p., dopo il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 38 s.

DELL'ANNO, *“Archiviazione cautelare” e conseguenti problemi operativi*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 38 s.

DELLA CASA, *La comunicazione giudiziaria nei suoi aspetti essenziali*, Milano, 1976.

DELLA MONICA, *Opzioni di strategia processuale e scelta del rito*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, I, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 155.

DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 878 s.

DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1 c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3489 ss.

DI BUGNO, *Sub art. 2, Commento articolo per articolo l. 24 luglio 2008, n. 125*, in *Legisl. pen.*, 2009, p. 154.

DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 227.

DI CHIARA, *Le linee prospettiche del “difendersi ricercando”: luci e ombre delle “nuove” investigazioni difensive*, in *Legisl. pen.*, 2002, p. 4 s.

DIOTALLEVI, *Le possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezza per il reato per cui è stata applicata una misura cautelare dopo l'emissione del decreto di rinvio a giudizio: le*

Sezioni unite ricompongono il quadro giurisprudenziale tra pronunce della Corte costituzionale e arresti di legittimità, in *Cass. pen.*, 2003, p. 396 s.

DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, I, Milano, 1989, p. 7 s.

DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 59 s.

DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. pen.*, I, 1987, p. 409 s.

DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, in *L'udienza preliminare*, Atti del convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino, 20-22 settembre 1991, Milano, 1992, p. 78 s.

FASSONE, *Il processo che non c'è*, in *Quest. giust.*, 1994, n. 2-3, p. 521 s.

FERRAIOLI, voce *Misure cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, 1996.

FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, PADOVA, 2a ed., 2001.

FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 54-56

FERRUA, *La revisione del codice 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge-delega*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 139 s.

FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in *Studi sul processo penale* II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 105 s.

FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 39 s.

FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. Dir. proc.*, 2013, p. 540 s.

FERRUA, *Impugnazioni, Cassazione a rischio paralisi*, in *Dir e giust.*, 2005, fasc. n. 36, p. 106.

FERRUA, *Realtà e finzione sulla durata della custodia cautelare*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di Bargis, Torino, 2001, p. 24

FERRUA, *I termini massimi della custodia cautelare al centro della riforma*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, p. 255 s.

FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 64 s.

FERRUA, *I maxiprocessi e la legge 17 febbraio 1987, n. 29*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1164 s.

FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Bologna, 2012.

FERRUA, *I poteri probatori del giudice del dibattimento: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1065 s.

FERRUA, *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 203 s.

FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, in *Legisl. pen.*, 1986, p. 315 s.

FIDELBO, *La legge 1 marzo 2001, n. 63, sul «giusto processo» nelle prime applicazioni della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2244 s.

- FIGLIORE, *Maneggiare con cautela*, in *Dir. pen. cont.*, 10 novembre 2014.
- FOSCHINI, *L'archiviazione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 124 s.
- FRIGO, *Contrasto tra Consulta e Corte di cassazione sulla valutazione degli indizi di colpevolezza*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. n. 14, p. 72 s.
- FRIGO, *Passi avanti nell'affermazione del giusto processo cautelare*, in *Guida dir.*, 2006, n. 44, p. 57 s.
- FRIGO, *La riforma della custodia cautelare*, supp. al *Il sole 24 ore* del 4 e dell'8 agosto 1995.
- FRIGO, *Commento all'art. 432*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, IV, Torino, 1990, p. 734 s.
- FRIGO, *Un intervento coerente con il sistema*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. n. 10, p. 103.
- FUMU, *Il giudizio immediato*, in *Riti camerali e speciali*, coord. da Nosengo, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2006, p. 547 s.
- FURFARO, *Giudizio immediato custodiale: punti critici e spunti di riflessione in tema di connessione, riunione e separazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 4 s.
- GAETA, *Esigenze cautelari ed efficienza delle indagini*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 313.
- GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 525 s.
- GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale*, in *Osservatorio del processo penale*, 2009, p. 4.
- GAITO, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in *I giudizi semplificati*, a cura di Gaito, Napoli, 1989, p. 199 s.
- GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, p. 93 s.
- GALANTINI, *Peculiarità e principi fondamentali nel sindacato costituzionale sulla disciplina del giudizio immediato*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 850.
- GALLUCCIO MEZIO, *Impugnazione cautelare e ne bis in idem in presenza di nuovi elementi probatori*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3367 s.
- GALLUCCIO MEZIO, *La resistibile ascesa del "giudicando" cautelare*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di Marafioti-Del Coco, Torino, 2012, p. 141 s.
- GARBAGNATI, voce *Giudizio immediato custodiale*, in *Digesto della procedura penale*, Torino, 2013.
- GAROFOLI, *Rivalutazione degli indizi dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio e «diritto vivente»*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 120 s.
- GAROFOLI, *Il mito del "tempo ragionevole" nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1133.
- GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. VI, Milano, Milano, 2002, p. 740 s.
- GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 936 s.
- GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996.

GARUTI, *Dall'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento ai nuovi «vincoli» in punto di archiviazione e di condanna dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 811 s.

GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2019.

GATTA, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2018.

GATTA-GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *www.sistemapenale.it*, 11 febbraio 2020.

GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e rimessione della sanzione*, Milano, 1983, p. 220 s.

GIALUZ-DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *www.sistemapenale.it*, 21.4.2020, p. 145 s.

GIARDA, *Ricordo del giudice inquirente o esigenze di simmetria sistematica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1166.

GIARDA, *Processo penale: sussulti di una legislatura al tramonto*, in *Corr. Merito*, 2006, p. 213.

GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 24.

GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4897 s.

GIOSTRA, *Una norma "in difficoltà di senso": il nuovo comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p., in Impugnazioni e regole di giudizio*, cit., p. 339 s.

GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2^a ed., Torino, 1994.

GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1260.

GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4897.

GIOSTRA, *Commento agli artt. 8, 9 e 10*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p. 121.

GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, p. 46 s.

GIOSTRA, *Per una migliore disciplina della custodia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 304 s.

GIOSTRA, *Controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 445 del 1990)*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2669 s.

GIOSTRA, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonismo della giustizia penale*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 54 s.

GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1130 s.

GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 189.

GIOSTRA, *Commento all'art. 9, in Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 123.

GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del), II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, IX, agg., 2001, p. 1 s.

GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

GIULIANI, sub art. 291, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2005

GIULIANI, *Archiviazione della notizia di reato e istanze di deflazione processuale*, Torino, 2017.

GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, 8^a ed., Padova, 2016, p. 553 s.

GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 368.

GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, p. 780.

GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249.

GIULIANI, *Diritto ad un controllo tempestivo sulla limitazione della libertà ed esigenze cautelari (eccezionali e non)*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1854.

GIULIANI, *La libertà personale dell'imputato dopo la l. 16 aprile 2015, n. 47*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 165.

GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, PADOVA, 2012.

GIUS. AMATO, *Commento all'art. 273*, in *di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, I, Milano, 1990, p. 16 s.

GIUS. AMATO, *Commento all'art. 292*, in *di procedura penale*, a cura di Amodio e Dominioni, I, Milano, 1990, p. 128 s.

GIUS. AMATO, *Commento all'art. 300*, in *Commentario del nuovo codice*, a cura di Amodio-Dominioni, Milano, III, pt. II, 1990, p. 159 s.

GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, Torino, 1953.

GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, Giuffrè, 1989, 15 (23/24).

GREVI, *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 531 s.

GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 17.

GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna, 1983, p. 36.

GREVI, *Scarcerati ma non scagionati*, in *Corriere della Sera*, 27 aprile 2009, p. 27.

GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995, n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 17.

GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 481 ss.

- GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 353 ss.
- GREVI, *Il sistema delle misure cautelari personali nel nuovo codice di procedura penale*, in *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989.
- GREVI, *Libertà personale e Costituzione*, Milano, 1976.
- GREVI, *Dietro la vicenda delle scarcerazioni facili le contraddizioni della durata dei processi*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. n. 15, p. 6 s.
- GREVI, *Punti fermi e proposte azzardate in tema di libertà personale dell'imputato*, in AA.VV., *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Atti del convegno dei Lincei, Roma 30 giugno-2 luglio 1993, Milano, 1994, p. 467.
- GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, p. 392.
- GREVI, *Il giudice come organo di garanzia e di controllo nelle indagini preliminari*, in *Quaderni del C.S.M., Incontri di studi sul nuovo codice di procedura penale*, 1989, n. 28, (vol. II), pp. 158.
- GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 493 s.
- GREVI, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1280 s.
- GREVI, *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 531 s.
- GREVI-NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987 (art. 2)*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, II, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, cura di Conso-Grevi-Nepi Modona, Padova, 1990, p. 20.
- IANDOLO PISANELLI, *L'ampliamento dei presupposti e le ridotte garanzie del mutato rito immediato*, in *L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità*, a cura di Garofoli, Milano, Milano, 2009, p. 59 s.
- IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, p. 493 s.
- IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, 2013.
- IACOVIELLO, *Evidenza della prova e decidibilità allo stato degli atti nella conversione del giudizio immediato in giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 685 s.
- IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190 s.
- ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1319 s.
- ILLUMINATI, (voce) *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 s.
- ILLUMINATI, *Il giudizio immediato*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 706 s.
- ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 919 s.
- ILLUMINATI, *Per il non luogo a procedere non è più richiesta l'evidenza*, in *Gazz. giur.*, 1993, n. 2, p. 14 s.

ILLUMINATI, *Appunti sparsi sulla riforma costituzionale della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2862 s.

ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. N. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1973 s.

ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Milano, 1996, p. 67 s.

ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, *Giur. cost.*, 2008, p. 3765 s.

ILLUMINATI, *sub Art. 3*, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 71 s.

ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in *Il pubblico ministero oggi. Atti del convegno. Saint Vincent 3 giugno 1993*, Milano 1994, p. 220.

INSOM, *Giudizio immediato cautelare e vicende de libertate*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 89.

LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 518 s.

LEO, *Le Sezioni Unite escludono la tesi dell'assorbimento: nessuna preclusione al sindacato incidentale*, in *Guida dir.*, 2003, fasc. n. 5, p. 91.

LONATI, *Una norma tre volte irragionevole: il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 2036.

LEO, *Riflessioni sul tema dell'archiviazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 109 s.

LORUSSO, *Il giudizio immediato (apparentemente) obbligatorio e la nuova ipotesi riservata all'imputato in vinculis*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di Lorusso, Padova, 2008, p. 141 s.

LORUSSO, *L'illusione accusatoria al tramonto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1468 s.

LORUSSO-RICCI, *Le novità del "pacchetto-sicurezza" (seconda parte). I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1489.

LOZZI, *Indagini preliminari, incidenti probatori, udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 1280 s.

LOZZI, *L'udienza preliminare: un filtro inefficiente nel pensiero della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 365 s.

LOZZI, *Dubbi di legittimità costituzionale in tema di giudizio immediato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1620 s.

LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1073 s.

LUPÀRIA, *L'inchiesta penale tra echi del passato e risvolti della modernità*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di Marchetti, Napoli, 2007 pp. 29 s.

KALB, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 83 s.

KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 355 s.

KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e ricorso per cassazione introdotte dalla cd. "legge Pecorella"*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 641 s.

MACCHIA, *La richiesta di archiviazione. Presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziali di rigetto*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2743.

MADDALENA, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, in *Il pubblico ministero oggi. Atti del convegno. Saint Vincent 3 giugno 1993*, Guffré 1994, p. 51.

MAFFEO, *Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: la posizione della Corte di cassazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 559 ss.

MALERBA, *Nessun controllo sull'azione penale in caso di domanda cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4626.

MALERBA, *Il "nuovo" potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un'occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4234.

MANES, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 457 s.

MANZIONE, *Commento all'art. 300*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, III, Torino, 1990, p. 218.

MARINELLI, *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2327 s.

MARAFIOTI, *Le scelte dell'accusa: «orgoglio» e «pregiudizio»*, p. 1 s.

MARAFIOTI, *Evidenza della prova e interrogatorio dell'imputato nel giudizio immediato su richiesta del p.m.*, in *I giudizi semplificati*, a cura di Gaito, Napoli, 1989, p. 199 s.

MARAFIOTI, *Preclusione: un principio "senza qualità"?*, in *Il principio di preclusione nel processo penale*, a cura di Marafioti-Del Coco, Torino, 2012, p. 174 s.

MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di De Francesco-Marzaduri, Torino, 2016, p. 204.

MARAFIOTI, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2011, p. 1 s.

MARAFIOTI, *L'archiviazione tra crisi del dogma dell'obbligatorietà dell'azione ed opportunità "di fatto". Prospettive di razionalizzazione della prassi*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 378 s.

MARGARITELLI, *La doppia partecipazione al giudizio incidentale e al giudizio di merito: l'illusione dell'imparzialità del giudice penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139 s.

MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 81.

MARZADURI, *Law in the books e law in action: la libertà personale tra rispetto della presunzione di non colpevolezza ed anticipata esecuzione delle sanzioni detentive*, in www.la legislazione penale.eu, 19 settembre 2016, p. 1 s.

MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 213 s.

MARZADURI, *Così nell'assetto degli istituti il legislatore ricerca nuovi equilibri*, in *Guida al dir.*, 2006, fasc. n. 10, p. 51 s.

MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 283 s.

MARZADURI, voce *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. d. pen.*, vol. VIII, Padova, 1994.

MARZADURI, *Tutela dell'imparzialità del giudice ed emissione di provvedimenti sulle misure cautelari personali*, in *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996, p. 223.

MARZADURI, *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Torino, 2002, p. 239 s.

MARZADURI, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 226 s.

MARZADURI, voce *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, agg., Roma, 1996, p. 1 s.

MARZADURI, *La cassazione segue una giurisprudenza consolidata ma inconciliabile con le garanzie dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1632 ss. [nota a Cass., sez. VI, 16 novembre 2001, n. 45275/01, Acampora].

MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilievo processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 404.

MARZO, *La mutazione genetica del giudizio immediato e il senso del catalogo dei presupposti*, in *Arch pen.*, 2011, p. 63.

MARZO, *I giudizi immediati*, Padova, 2012.

MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Garlati, Milano, 2010, p. 153 s.

MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in *Arch. pen.*, fasc. n. 3, 2019, p. 1 s.

MAZZA, *Contraddittorio (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 247 s.

MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2403.

MELILLO, *L'organizzazione della procura della Repubblica*, in *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di Carcano, Milano, 2009, p. 211 s.

MOLARI, *Introduzione alla Tavola rotonda*, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Atti del convegno di Ferrara, 13-15 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 144 s.

MONTAGNA, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, p. 259.

NAPPI, *Guida al Codice di Procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007

NAPPI, *Oscillazioni e punti fermi nel regime delle misure cautelari personali*, in Aa.Vv., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno di Lecce, 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, p. 14 s.

NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004.

NEGRI, *Il rapporto tra misure cautelari e sospensione dell'esecuzione della pena alla luce della presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno di Foggia – Mattinata, 25-27 settembre 1998, Milano, 2000, p. 203 s.

NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, p. 483 s.

NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 1991, p. 321 s.

NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *La magistratura*, Bologna, 1987, p. 43 s.

- NEPPI MODONA, *sub artt. 405-415*, in *Prolegomeni a un Commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1990, p. 329.
- NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, p. 10 s.
- NOBILI, *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 151 s.
- NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 178 s.
- NOBILI, *La difesa nel corso delle indagini preliminari. I rapporti con l'attività del pubblico ministero*, in *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, Atti del convegno di Cagliari, 29 settembre – 1 ottobre 1995, Milano, 1997, p. 70
- NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 129.
- NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274 s.
- NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 71 s.
- NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, p. 89 s.
- NOBILI, *sub art. 190*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, 1990, vol. II, p. 402.
- NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (In ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 659.
- NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.
- NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989.
- NOBILI, *Prova "a difesa" e investigazioni di parte nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 398.
- NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 29.
- NOBILI, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 34 s.
- NOBILI, *Un rimedio impossibile: l'istruttoria del difensore*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 104.
- NOBILI, *Qualche riflessione sul 1994*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 108.
- NOBILI, *Delusioni del nuovo garantismo*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 114 s.
- NOBILI, *Time danaos: risalenti profezie*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 74.
- NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5 s.
- ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura, in tema di giudizio immediato custodiale (art. 453, co. 1-bis, c.p.p.)*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, n. 3, p. 11.
- ORLANDI, *Il giudizio immediato cosiddetto custodiale*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di G. Amato-C. Santoriello, Torino, Torino, 2009, p. 85 s.
- ORLANDI, *Commento all'art. 18, Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 251.

ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, p. 655 s.

ORLANDI, *Insostenibile lunghezza del processo penale e sorti progressive dei riti speciali*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Milano, 2013, p. 139 s.

ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, p. 1 s.

PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 156 s.

PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 s.

PALADIN, *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, in *Scritti in onore di Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 608 s.

PECORELLA, *Il crepuscolo del rito accusatorio: contro l'efficienza senza le garanzie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 730.

PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 282.

PERCHINUNNO, *Il giudice per le indagini preliminari e le scelte relative all'azione penale*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno presso l'Università di Bari – Mattinata, 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, p. 67 s.

PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, p. 164.

PERONI, *Precisazioni in tema di diritto al silenzio ed impiego delle misure cautelari per esigenze probatorie*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1183.

PERONI, *Commento all'art. 19*, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 276.

PISANI, « *Italian style* »: *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 95 s.

PISAPIA, *Il codice di procedura penale: cinque anni dopo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 9.

PISAPIA, *Presupposti e limiti del decreto di non doversi procedere*, in *Scritti Jovene*, Napoli, 1954, p. 283.

PISAPIA, *Il codice di procedura penale: cinque anni dopo*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 11.

PISAPIA, *Introduzione*, in *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Atti del convegno di Catania-Noto Marina, 30 settembre – 2 ottobre, 1993, Milano, 1995.

PISAPIA, *Relazione introduttiva*, in *Il pubblico ministero oggi. Atti del convegno. Saint Vincent 3 giugno 1993*, Milano 1994, p. 16 s.

PISTORELLI, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 340.

PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2318 s.

PONIZ, *In nome del popolo italiano. Le persone, il potere, la legge*, Genova, 29-30 novembre-1° dicembre 2019.

POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini preliminari e i poteri istruttori del «giudice preliminare»*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 476 s.

POTETTI, *Il principio di completezza delle indagini nell'udienza preliminare e il nuovo art. 421-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2148 s.

PRESTIERI, *Ne bis in idem e procedimento de libertate*, in *Giur. pen.*, 2009, III, c. 170.

PRESUTTI, *Gli incerti confini delle esigenze cautelari: le cautele come forma di anticipazione della pena*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva*

tutela dei principi costituzionali, Atti del convegno di Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, 2014, p. 43.

PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, p. 235 s.

RENON, *Obbligatorio ma non troppo...*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2012.

RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Annuario 1998 dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 1999, p. 91 s.

RICCIO, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 95.

RICCIO, *Il controllo sull'esercizio dell'azione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, p. 94.

RIVELLO, *La «descrizione sommaria del fatto», di cui all'art. 292 comma 2 lett. b c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, 1546.

RIVELLO, voce *Giudizio immediato*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 468 s.

RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996.

RIVELLO, *Le Sezioni Unite chiariscono i dubbi interpretativi in tema di giudizio immediato*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1518.

RIVELLO, *Un significativo mutamento di indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3371 s.

RIVELLO, *La Corte costituzionale ribadisce la tesi volta ad escludere l'incompatibilità in caso di pluralità di decisioni emesse da un unico giudice nel corso della stessa fase procedimentale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2887 s.

RIVELLO, *L'intervento de libertate da parte del giudice del dibattimento non determina un'incompatibilità al successivo giudizio di merito*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 467 s.

RIVIEZZO, *Commento alla legge 8 agosto 1995 n° 332*, Milano, 1995.

ROCCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/91*, in *Giust. pen.*, I, c. 184 s.

ROSI, *Un giudice gatekeeper per la libertà personale: prospettive di controllo permanente dello status detentionis durante le indagini preliminari*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1412 s.

RUARO, *È costituzionalmente ortodosso il divieto di "intercettazione" della corrispondenza epistolare*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 918 s.

RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996.

RUGGIERI, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una "nuova" relazione*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, fasc. 4, 2017, p. 92 s.

RUGGIERI, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, p. 131 s.

RUSSO, *Brevi riflessioni sulla preclusione per consumazione nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 113 s.

SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Utet, 1953.

SANNA, *Decreto di rinvio a giudizio e controllo sugli indizi di reità*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1213 s.

SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito: brevi note a margine della sentenza n. 121/2009 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3300 s.

SANTORIELLO, *L'utilità di politica criminale del giudizio immediato "custodiale" fra aspirazioni del legislatore e distorsioni della prassi*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 1 s.

SCALFATI, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46, "legge Pecorella"*, a cura dello stesso, Milano, 2006, p. 21.

SCOMPARIN, *La rivalutabilità dei gravi indizi di colpevolezza dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio: una sentenza additiva che riscopre alcuni capisaldi del rito penale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 674 s.

SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione "coatta": quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1156 s.

SCORDAMAGLIA, *Ruolo e funzioni del pubblico ministero nel giusto processo*, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1.

SILVESTRI, *Il P.M. quale era, quale è e quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 957 s.

SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 1 s.

F. SIRACUSANO, *Procedimento incidentale de libertate: qualche riflessione sulle deviazioni dal procedimento principale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 323 s.

F. SIRACUSANO, voce *Giudizio immediato*, in *Dig. d. pen.*, Aggiornamento, V, Utet, 2010, p. 399 s.

F. SIRACUSANO, *Originari statuti e nuovi orizzonti dei giudizi immediati*, Torino, 2018.

F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari nel processo penale*, Torino, 2005.

D. SIRACUSANO, *Il giudice per le indagini preliminary tra legislazione e prassi*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 684.

D. SIRACUSANO, *Evidenza e decisione allo stato degli atti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1942.

SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2812 s.

SPAGNOLO, *Il mutato quadro valutativo dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 comma 1-bis c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1029.

SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p.: una nuova ipotesi di giudizio immediato?*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2781 s.

SPAGNOLO, *Sulla natura del termine di presentazione della richiesta di giudizio immediato per imputati in custodia cautelare. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1350 s.

SPAGNOLO, *Principio di adeguatezza e residualità della custodia cautelare*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, p. 83 s.

SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Milano, 2008.

SPAGNOLO, *Il mutato quadro valutativo dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273, 1° comma, c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1028.

SPAGNOLO, *Sulla natura del termine di presentazione della richiesta di giudizio immediato per imputati in custodia cautelare. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1351.

SPAGNOLO, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 334 s.

SPANGHER-SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009.

SPANGHER, *Più rigore – e legalità – nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in A.A.V.V., *Giusto processo: il nuovo sistema probatorio penale*, a cura di P. Tonini, Padova, Padova, p. 2001, p. 413 s.

- SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901 s.
- SPANGHER, *Il processo penale tra "fermo biologico" normativo e ripensamento globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 803.
- SPANGHER, *I procedimenti speciali*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 544 s.
- SPANGHER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia tra l'eccezione e il fisiologico*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 9, p. 72.
- SPANGHER, *Le nuove disposizioni sulla competenza per materia e l'esame di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 277 s.
- SPANGHER, *Le Sezioni unite sui rapporti tra riesame e richiesta di revoca dei provvedimenti cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 69 s.
- SPANGHER, *Commento all'art. 291*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, I, 5^a ed., Padova, 2017, p. 3028.
- SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo e secondo grado*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini (legge 26 marzo 2001, n. 128)*, a cura di Gaeta, Padova, 2001, p. 302 s.
- SPANGHER, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, I, a cura di Corso – Peroni, Piacenza, 2010, p. 804.
- SPANGHER-GIOSTRA-LUPACCHINI, *La riforma dell'8 agosto 1995: come viene applicata, come viene discussa*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 113.
- SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti del convegno di Bari-Mattinata, 23-25 settembre 1994, Milano, 1996, p. 88 s.
- STABILE, *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione. Riflessi della riforma in tema di obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 980 s.
- TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, p. 794 s.
- TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema nella disciplina degli atti utilizzabili dal giudice del dibattimento in funzione cautelare*, in *questa rivista*, 2009, p. 1743 s. e *C. Cost.* 87/2016 in *Cass. pen.*, 2017.
- TODARO, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4242 s.
- TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527 s.
- TODARO, *L'incompatibilità del giudice penale tra indirizzi consolidati e vuoti di tutela*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2074 s.
- TODARO, *Osservazioni a C. cost. 22 marzo 2016, n. 87*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3256 s.
- TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1393 s.
- TONINI, *Manuale di procedura penale*, 17^a ed., Milano, 2016.
- TONINI, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Milano, 2014, p. 65 s.

TONINI, *Commento all'art. 22, in Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 316.

TONINI-CONTI, *Custodia cautelare e struttura del processo: come perseguire una durata ragionevole*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 359.

TRANCHINA, *Ruoli naturali ed innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 615 s.

TRAPELLA, *Quando il giudice del dibattimento è chiamato a rispondere alla domanda cautelare*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4454 s.

TURONE, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale* (Relazione svolta all'incontro di studi mirato sul pubblico ministero, Roma, 10-12 febbraio 1989), in *Quaderni del C.S.M., Incontro di studio*, 1989, vol. II, n. 28, p. 225.

TURONE, *Contro lo sbarramento introdotto dall'art. 407 c.p.p.*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 485 s.

UBERTIS, "Nemo tenetur se detegere" e dialettica processuale, in *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, ?

UBERTIS, *Rilanciato il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 791.

UBERTIS, *Giusto processo*, in *Enc. dir., Annali*, I, tomo I, 2008, p. 439.

UBERTIS, *Non termini astratti, ma garanzia del contraddittorio*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 483.

VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, a cura di O. Mazza-F. Viganò, Torino, 2008, p. 281.

VALENTINI, *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4753.

VALENTINI, *Domanda cautelare* (voce), in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 255 s.

VALENTINI, *La dubbia legittimità costituzionale dell'art. 405, comma 1-bis c.p.p.: questioni sollevate e questioni da risolvere*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3645 s.

VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2 ed., BUP, 2012.

VALENTINI, *I lavori parlamentari*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondi ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis-Caprioli, Torino, 2007, p. 12 s.

VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 315 s.

VALENTINI, *Un'inedita (ma prevedibile) applicazione del principio di preclusione per consumazione del potere*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3779 s.

VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994.

VARONE, *Gli epiloghi decisori dell'udienza preliminare e i loro rapporti con la verifica della gravità indiziaria nel procedimento de libertate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1021 s.

VARRASO, *Un (primo) passo avanti delle Sezioni Unite sulla natura del termine per chiedere il giudizio immediato*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1001.

VARONE, *Incidente cautelare e archiviazione: brevi riflessioni sul significato dell'art. 405, comma 1-bis c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1217 s.

- VARRASO, *Il “doppio binario” del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, p. 179.
- VARRASO, *Il giudizio immediato*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Garuti-Kalb, vol. III, a cura di Garuti, Torino, 2015, p. 283 s.
- VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, Padova, 1956.
- VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3.
- VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di Garlati, Milano, 2010, p. 11 s.
- VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005.
- VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 251 s.
- VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, n. 4, 2018, p. 91.
- VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 500.
- VICOLI, *Principio della ragionevole durata e limiti cronologici delle indagini*, Torino, 2005.
- VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova, 2004.
- VOENA, voce *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, p. 265 s.
- ZACCHÉ, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1196 s.
- ZACCHÉ, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 371 s.
- ZAGREBELSKY, *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 916.
- ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 483 s.
- ZAPPALÀ, *Commento agli artt. 4 e 5*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, p. 85 s.
- ZAPPALÀ, *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 886 s.
- ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Legisl. pen.*, 1988, p. 93 s.
- ZAPPALÀ-PATANÈ, *I procedimenti speciali*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara-Patané-F. Siracusano, Milano, 2013, p. 557 s.
- ZIRULIA, (voce) *La riforma della prescrizione del reato (“Legge Orlando”)*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, diretto da Garofoli-Treu, Roma, 2018.